

UNIVERSIDAD ESTATAL A DISTANCIA
VICERRECTORÍA ACADÉMICA
SISTEMAS DE ESTUDIO DE POSGRADO
MAESTRÍA PROFESIONAL DEL DERECHO DEL TRABAJO Y LA
SEGURIDAD SOCIAL

***EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL: UN ANÁLISIS DESDE LA
PERSPECTIVA DEL DERECHO LABORAL COSTARRICENSE***

Trabajo final de graduación para optar por el grado académico de Máster
en Derecho del Trabajo y Seguridad Social.

ESTEBAN CALVO RODRÍGUEZ

Dirigida por:

Doctor Fernando Bolaños Céspedes

SAN JOSÉ, COSTA RICA

2009

INDICE GENERAL

ABREVIATURAS	4
INTRODUCCIÓN	4
CAPÍTULO PRIMERO	9
Marco Teórico	9
1. 1. Problema:	9
1. 2. Antecedentes:	9
1. 3. Justificación:	13
1. 4. Objetivo general:	17
1. 5. Objetivos específicos:	17
1.6. Metodología:	17
CAPÍTULO SEGUNDO	18
Las Empresas de Trabajo Temporal y las nuevas formas de organización empresarial.	18
2. 1. La descentralización Empresarial.	18
2.1.1. Definición:	18
2.1.2. Denominación:	19
2.1.3. Objetivo:	20
2.1.4. El objeto:	21
2.1.5. Causas:	24
2.1.6. Consecuencias:	26
2.2. Análisis jurídico de las Empresas de Trabajo Temporal en el marco de la descentralización Empresarial.	28
2.2.1 Aspectos Generales:	28
2.2.2 La relación Triangular de trabajo de la Empresa de Trabajo Temporal: Dos patronos, un trabajador.	31
CAPITULO TERCERO	38
Las Empresas de Trabajo Temporal.	38
3.1. Las Empresas de Trabajo Temporal en los convenios de la Organización Internacional del Trabajo.	38
3.1.1. Antecedentes:	38
3.1.2. Convenio 96.	41
3.1.3. Convenio 181.	44
(i) Respeto al principio de Igualdad:	45
(ii) Respeto al principio de Gratuidad:	45
(iii) Respeto al principio de la Libertad Sindical.	46
(iv) Respeto al Principio de Autonomía de la Información.	46
3.1.4. Recomendación 188.	48
3.2. Las Empresas de Trabajo Temporal: su estructura y su funcionamiento.	50
3.2.1 Definición:	50
3.2.2. Naturaleza Jurídica:	51
3.2.3. Las diferencia ente las Empresas de Trabajo Temporal y otras figuras afines.	53
(i) Agencia retribuida de Colocación:	53
(ii) Empresas Proveedoras de Servicios.	54
(iii) Contratos Ocasionales y de Temporada:	55
3.2.4. El funcionamiento de las Empresas de Trabajo Temporal:	56

(i) La Autorización administrativa:	56
(ii) La Temporalidad como presupuesto de legalidad:	58
(iii) Supuestos en los que se prohíbe la celebración del contrato de puesta a disposición.	61
(a) El esquirolaje:.....	61
(b) Sustitución de puestos de trabajo permanentes:.....	61
(c) Realización de actividades peligrosas e insalubres.	62
3.2.5. Los vínculos de la Empresa de Trabajo Temporal:	62
(i) Relación Empresa de Trabajo Temporal- Empresa Usuaria:.....	62
(ii) Relación Empresa de Trabajo Temporal- Trabajador:	63
(iii) Relación Trabajador- Empresa Usuaria:.....	64
3.2.6. Los pro y los contra de las Empresa de Trabajo Temporal.	66
CAPITULO CUARTO	69
Las Empresas de Trabajo Temporal en Costa Rica.	69
4.1. Aspectos Generales:	69
4.2. Las ETT en la legislación costarricense:	70
4.3. Las ETT en la jurisprudencia: Sentencia de la Sala Segunda número 2004-830	75
4.4. La insuficiencia del Código de Trabajo:.....	84
(i) Aplicación del contrato de trabajo por tiempo definido.	85
(ii) Aplicación del contrato de Trabajo por tiempo Indefinido.	87
(iii) La responsabilidad frente a los créditos laborales:	90
4.5. Dos empresas dos patronos: La solución correcta.	93
BIBLIOGRAFÍA	99
ANEXOS	104

ABREVIATURAS

AEP	Agencia de Empleo Privada
CT	Código de Trabajo
ETT	Empresa de Trabajo Temporal
EU	Empresa Usuaría
MTSS	Ministerio de Trabajo y Seguridad Social
OIT	Organización Internacional de Trabajo

INTRODUCCIÓN

En las últimas décadas del siglo XX se han producido importantes cambios productivos y tecnológicos que han introducido grandes transformaciones en el modelo clásico de producción y de organización de la empresa, lo que a su vez ha transformado el esquema tradicional de relaciones de trabajo.

En el modelo clásico o fordista, el ciclo de producción de bienes y servicios era realizado en su totalidad por la propia empresa, que se organizaba bajo una estructura monolítica que se articulaba desde un solo comando de dirección, de la cual devenían relaciones directas con los trabajadores que eran contratados bajo el esquema de la relación típica de trabajo.

A partir de los años ochenta, este modelo empezó a experimentar cambios importantes motivados especialmente por factores económicos y tecnológicos que llevaron a la mayoría de países ricos a reestructurar sus economías, obligando con ello a las empresas a hacerse de nuevas formas de organización que les permitieran ser más competitivas dentro de un mercado cada vez más fluctuante y complejo que desde entonces empezaba a globalizarse a escala planetaria.

Surgió así el llamado fenómeno de la descentralización empresarial, caracterizado por la fragmentación del ciclo productivo, que se articula mediante esquemas de “exteriorización” de actividades de la empresa hacia terceros proveedores, lo que en definitiva a dado lugar a nuevas formas de empleo que modifican por completo el paradigma clásico de la relación de trabajo.

Entre las modalidades de exteriorización más utilizadas por las empresas como parte del esquema de descentralización productiva, se encuentra la tercerización de mano de obra, consistente en contratar a un tercero el suministro de mano de obra para la realización de tareas propias de la empresa, sin que esta asuma la responsabilidad de la relación laboral.

A la par de otras modalidades de tercerización, como la subcontratación laboral y el trabajo autónomo, las Empresas de Trabajo Temporal, conocidas por sus siglas “ETT” son hoy en día el instrumento mayormente utilizado para la contratación de suministro de mano de obra.

Figura controvertida, las Empresas de Trabajo Temporal empezaron a tener presencia notoria a partir de la década de los años 70 y desde entonces se han difundido desmesuradamente por todas partes, al punto de llegar a ser objeto de regulación internacional por intervención de la Organización Internacional del Trabajo.

Desde su aparición, las Empresas de Trabajo Temporal han generado una enconada discusión que gira en torno a los inconvenientes y ventajas que acarrea su participación en el mercado de trabajo. Defendidas mayormente por los empresarios y repudiadas casi siempre por sindicatos y organizaciones laborales, lo cierto es que las ETT se erigen como actores innegables dentro del complejo escenario de la descentralización empresarial como importantes intermediarios de mano de obra.

Hoy en día, las Empresas de Trabajo Temporal se encuentran aceptadas en muchos países, aunque la mayoría de ellos, las reconozcan sólo a través de una regulación celosamente pensada para evitar el uso abusivo de su funcionamiento.

En Costa Rica, pese a no estar legalmente reconocidas, las Empresas de Trabajo Temporal funcionan regularmente y al igual que en otras partes, su presencia es cada vez más fuerte. En la actualidad, en el país se encuentran presentes las Empresas de Trabajo Temporal internacionales más importantes, como lo son, Man Power, Adecco, DTS, entre otras. Junto a ellas funcionan un número importante de capital nacional y de menores dimensiones que igualmente se dedican a la actividad de suministro de mano de obra.

El auge de las Empresas de Trabajo Temporal en nuestro país y la falta de regulación legal sobre su funcionamiento genera dudas y preocupaciones sobre el tratamiento jurídico que debe dárseles. En particular, merece atención la situación legal que enfrentan las personas trabajadoras contratadas por este

tipo de empresas para los servicios de suministro de mano de obra que prestan.

El presente trabajo tiene como objeto hacer un análisis jurídico sobre las Empresas de Trabajo Temporal desde la perspectiva de la legislación laboral costarricense.

Para ello, empezaremos por explicar los antecedentes y la justificación del tema objeto de estudio, a lo que dedicamos el capítulo primero.

En el capítulo segundo, haremos referencia al contexto económico y empresarial que ha propiciado el desarrollo y expansión de las Empresas de Trabajo Temporal en el mundo del trabajo, explicando los alcances del fenómeno de la descentralización productiva, para luego exponer cómo es que la Empresa de Trabajo Temporal encuadra dentro de las modalidades contractuales que promueve la nueva forma de organización empresarial.

En el tercer capítulo, explicamos el desarrollo que ha tenido la regulación internacional que ha promovido la Organización Internacional del Trabajo con la promulgación de convenios que conforman el marco normativo base para que los países miembros de este importante organismo, promuevan la adopción de leyes apropiadas para regular el funcionamiento de las Empresas de Trabajo Temporal, y expondremos los aspectos fundamentales que suelen ser considerados por el Derecho comparado para regular la actividad de suministro de mano de obra a través de Empresas de Trabajo Temporal.

En el cuarto y último capítulo, nos dedicamos a tratar al asunto medular que estudiamos, cual es, la situación fáctica y jurídica que enfrentan las Empresas de Trabajo Temporal que operan en Costa Rica.

En este capítulo hacemos un análisis detallado de la posición expuesta por la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia en el único fallo judicial existente en el país sobre el funcionamiento de las Empresas de Trabajo Temporal, de cuyo contenido desprendemos una serie de observaciones que nos permiten acusar graves inconsistencias en lo resuelto, y arribar a la conclusión de que el Código de Trabajo resulta a todas luces insuficiente para

regular la actividad del suministro de mano de obra y más aún para garantizar la debida protección al personal contratado por las Empresas de Trabajo Temporal.

Al final del capítulo exponemos lo que a nuestro criterio es la respuesta legal más adecuada –aunque siempre insuficiente- para enfrentar los problemas e inconvenientes que surgen del funcionamiento no regulado de las Empresas de Trabajo Temporal en nuestro medio.

CAPÍTULO PRIMERO

Marco Teórico

1. 1. Problema:

En Costa Rica la legislación laboral carece de regulación sobre el contrato suministro de mano de obra, de manera que las empresas dedicadas a esta actividad, denominadas Empresas de Trabajo Temporal (conocidas por sus siglas como ETT) operan en un limbo jurídico que pone en estado de vulnerabilidad los derechos de los trabajadores.

1. 2. Antecedentes:

La empresa moderna presenta una organización productiva muy diferente a la empresa que se organizó bajo el modelo fordista, donde el proceso de producción se realizaba a través de una estructura que concentraba todo el ciclo de producción en un solo proceso que iniciaba con el ingreso de la materia prima y terminaba con la salida del producto final.

A partir de las últimas décadas del siglo pasado, la organización de la empresa empezó a experimentar profundos cambios como resultado lógico de una serie de causas económicas, tecnológicas y productivas que la han obligado a transformarse por completo.

La empresa moderna, inmersa en un mercado globalizado, incansablemente cambiante y cada vez más competitivo, basa su estrategia de producción y competitividad en la fragmentación de sus actividades y operaciones, encomendando a terceras empresas la ejecución de una parte estas, lo que le permite mayor capacidad de adaptación a las reglas del mercado, todo un fenómeno económico que en suma comporta la redefinición del ciclo productivo.

Conocido el fenómeno como “descentralización empresarial”, el mismo se sustenta en dos ideas principales: por un lado, una división del trabajo entre empresas, y por otro lado, exteriorización de las funciones que la empresa podría realizar, pero que para desarrollarlas decide recurrir a una cooperación

interempresarial. (Huerreszuelo, citado por Jorge Rosenbaun y Alejandro Castello, 2008:31).

A diferencia del modelo fordista, el esquema de descentralización empresarial ofrece un modelo de producción en red (net working) que involucra a un conglomerado de empresas en un mismo ciclo productivo, a través de la redistribución de funciones y operaciones, lo que le permite a la empresa reservarse para sí las actividades estratégicas que conforman la esencia de su actividad y delegar en otras las actividades secundarias.

Ocurre entonces un desplazamiento hacia el exterior de la empresa de aquellas fases del ciclo de producción de las que puede prescindir sin perder el control de su actividad principal, consumándose así todo un proceso de descentralización de la producción. Tal y como lo describen Antonio Martín Valverde, Fermin Rodríguez Sañudo y Joaquín García Murcia (citados por Plá Rodríguez, 2000:14):

Se produce con ello un fenómeno de descentralización productiva, en la medida en que la empresa principal desplaza sobre las auxiliares o periféricas la realización de una parte del resultado final que se ha comprometido a entregar al cliente; fenómeno que incluso puede prolongarse si la empresa auxiliar, a su vez, contrata tareas más especializadas, dentro del resultado parcial que a ella corresponde, a otras empresas auxiliares.

Apuntan Jorge Rosenbaum y Alejandro Castello (2008: 31-32) que:

(...) la empresa abandona su corporeidad y pasa a constituirse en una entidad articuladora de transacciones y en un instrumento para organizar la asignación de recursos de un modo eficiente. La empresa moderna sólo reserva para sí las actividades más características, más redituables o las que puede desarrollar con mayor eficacia, delegando las demás.

Si bien la descentralización empresarial constituye un fenómeno de carácter económico, que se manifiesta en nuevos esquemas de organización empresarial y nuevas modalidades de producción e intercambio de bienes y servicios, lo cierto es que dicho fenómeno ha tenido un impacto

inconmensurable en el mundo del trabajo, ya que aparejado con las nuevas formas de producción han surgido nuevas formas relaciones de trabajo que se encausan a través modalidades contractuales atípicas que plantean todo un desafío jurídico a la ciencia del Derecho del Trabajo.

Como lo señala Wilfredo Sanguineti Raymond (1997:76):

(...) se asiste en la actualidad a una nueva fase en la evolución de las formas de organización de los procesos productivos, dentro de la cual asumen un protagonismo cada vez más amplio modalidades “externas” de inserción en los mismos, escasamente utilizadas en el pasado. En este caso de las nuevas formas “descentralizadas” de empleo de las que se acaba de dar cuenta. Pero no solamente. La cada vez más extendida puesta en marcha de estrategias de “descentralización productiva”, a través de las cuales se persigue la obtención de los objetivos de la empresa, no por la vía de la incorporación de trabajadores a su plantilla, sino a través de la combinación de aportaciones parciales llevadas a cabo por empresas auxiliares o por colaboradores externos, está dando lugar a un impulso hasta el momento desconocido de formas de trabajo autónomo, las cuales están pasando a ocupar parcelas cada vez más amplias del espectro productivo, las más de las veces en desmedro del trabajo subordinado. Si bien es cierto que esta tendencia a la “exteriorización” o “satelización” de las actividades empresariales no puede ser vista sino con cautela, puesto que es capaz de encubrir intentos elusivos de la aplicación de las normas laborales a verdaderas relaciones de trabajo, no parece que en todos los casos pueda darse este tratamiento al fenómeno.

Por su parte, Jorge Ubaldo Seré (2000:47), indica que:

(...)la descentralización productiva engloba dos finalidades que aparecen a primera vista: por un lado procura rápida adaptación de la estructura empresarial a los cambios económicos, fenómeno claramente apreciable en aquellas empresas que presentan ciclos productivos y fluctuaciones importantes en los niveles de oferta y demanda y por otro lado opera como un elemento que facilita la flexibilidad funcional y numérica de la mano de obra dando a las empresas la posibilidad de maximizar el rendimiento de la misma.

Así, desde la perspectiva del Derecho del Trabajo, la descentralización empresarial plantea una compleja división del trabajo, que difiere en mucho a la que proponía el modelo centralizado de producción, donde todas las *relaciones* de trabajo eran asumidas por la empresa y se desarrollaban dentro de ella bajo un mismo esquema de coordinación y dirección; en el caso de la descentralización, se presenta un esquema de división de trabajo interempresarial, caracterizado por la realización del trabajo en parcelas o segmentos de trabajadores que en la mayoría de los casos no guardan relación alguna entre ellos, aún y cuando sus actividades estén engarzadas en un mismo proceso productivo que tiene como resultado un producto final común.

Se puede advertir entonces, que desde la perspectiva del Derecho del Trabajo, el proceso de descentralización empresarial plantea serios retos, que como veremos más adelante, parten de la necesidad de redefinir los criterios clásicos de empleador y trabajador subordinado, hasta el objetivo de regular nuevas modalidades contractuales. Como advierten Rosenbaum y Castello (2008:17):

(...) estos fenómenos han desbordado el esquema tradicional de sujetos que conforman el ámbito de la relación de trabajo, alterándose muchas veces la estructura bilateral de la relación jurídica, en la medida en que se produce una clara disociación entre la relación jurídica (empleador contratante-trabajador) y la relación económica sustancial (Empresa Usuaria o receptora de los servicios-trabajador).

Dicho con palabras de Hugo Fernández Brignoni (2000:68):

La descentralización productiva como fenómeno económico se proyecta sobre el derecho del trabajo y sobre la seguridad social. Los efectos de esta influencia, obligan a realizar una revisión de las categorías para la calificación jurídica del trabajador y de la relación entre distintas ramas del derecho, con la finalidad de recomponer las líneas de tránsito del derecho laboral con la finalidad tuitiva de siempre.

La doctrina que estudia el tema concuerda en que son tres los principales retos que la descentralización empresarial le presenta al Derecho del Trabajo, a saber:

- a) Determinación de la figura del empleador real.
- b) Determinación del régimen de responsabilidad del cumplimiento de la normativa laboral y,
- c) Tratamiento de las diferencias en las condiciones de trabajo existentes entre los trabajadores de la empresa principal y los trabajadores de la empresa auxiliar o proveedora de servicios.

1. 3. Justificación:

Dentro del marco de la descentralización productiva, las Empresas de Trabajo Temporal, juegan un papel protagónico; su difusión se extiende con fuerza y de manera desmesurada por todas partes. Aún en aquellos países, como el nuestro donde su funcionamiento no se encuentra legalmente reconocido, las Empresas de Trabajo Temporal tienen presencia como agentes importantes dentro del mercado laboral.

El suministro de mano de obra a través de las Empresas de Trabajo Temporal, constituye un mecanismo de externalización de mano de obra, mediante el cual las empresas articulan la expulsión de actividades o funciones hacia empresas secundarias o auxiliares para que sean estas las que las ejecuten con sus propios recursos; y decíamos, que la vía más utilizada por las empresas para hacerse de mano de obra ajena o externa, es el suministro de mano de obra a través de las Empresas de Trabajo Temporal.

Las Empresas de Trabajo Temporal se insertan dentro del proceso de descentralización empresarial, facilitando a la Empresa Usuaria el suministro de mano de obra, con lo cual esta última logra implementar un modelo de gestión productiva que le permite reducir los costos de la planilla. De esta manera, la ETT asume funciones que son propias de la empresa principal, como viene a ser la gestión de personal, de donde surge una relación laboral

compleja que se articula a través del contrato de cesión de trabajadores, el cual estudiaremos más adelante.

Con el suministro de mano de obra externa, la empresa logra limitar su personal permanente a los niveles mínimos indispensables para operar en condiciones de poca demanda productiva, pudiendo recurrir a la contratación de mano de obra externa cuando el mercado le exige un aumento en la productividad, y de esta manera logra minimizar sus costos fijos de personal.

De igual forma, las empresas suelen recurrir a la contratación externa de mano de obra a través de las ETT, con el fin de mantener como empleados permanentes únicamente al personal más calificado al cual confían la ejecución de las funciones de mayor importancia estratégica, delegando la realización de labores secundarias a personal externo de menor calificación y costo.

Además de la reducción de costos de producción, parte de la justificación que se le da a las Empresas de Trabajo Temporal dentro del esquema de descentralización empresarial, sostiene que las mismas permiten mejorar la eficiencia del mercado de trabajo, promoviendo y facilitando posibilidades de empleo para determinados grupos de trabajadores que en otras condiciones se verían excluidos del mercado laboral.

En sentido opuesto, quienes critican el papel de las ETT, señalan que la utilización de este tipo de empresas da como resultado la eliminación de trabajo estable, y como consecuencia directa trae aparejado un incremento de empleo eminentemente precario y poco protegido, que pone en estado de vulnerabilidad a gran cantidad de personas trabajadoras. En este sentido, señalan José Luis Monereo Pérez y María Nieves Moreno Vida (2004: 44), que:

(...)en este modelo de empresa «flexible» las ETTs sirven fundamentalmente para llevar a cabo un sistema de gestión competitiva basado sobre todo en la reducción de costes; son así un mecanismo básico en la estrategia empresarial de conseguir el abaratamiento de los costes de personal mediante la «precarización» de las condiciones de trabajo.

Según los autores citados (Monereo y Nieves, 2004: 45):

El trabajo a través de una ETT es, así, una de las formas de empleo atípico y precario. En esta forma de empleo temporal el elemento más característico es la mutación de la estructura de la relación de trabajo «normal», rompiendo con el esquema bilateral de la relación típica que se complejiza mediante la articulación de una relación de tipo triangular, produciéndose una disociación entre el empresario real o material (la Empresa Usuaria), que sin ser empresario directo del trabajador recibe y organiza la prestación de servicios.

En definitiva, la Empresa de Trabajo Temporal es una figura laboral polémica, defendida, principalmente, por los empleadores, toda vez que, al enmarcarse dentro del proceso de descentralización productiva, permite contar con un recurso de mano de obra más flexible en comparación a las obligaciones laborales derivadas de la contratación típica o tradicional.

Tal y como lo señala Luisa Benavides de Castañeda (2004:4):

La Empresa de Trabajo Temporal se inscribe dentro de la onda flexibilizadora que recorre el mundo del trabajo, fenómeno que de ninguna manera es nuevo, sino que subyace y siempre ha estado presente, con tendencia a profundizarse cada vez más y a impactar de manera permanente la relación laboral presente y futura.

Es precisamente la rápida expansión que en los últimos años han tenido la Empresa de Trabajo Temporal, lo que ha llevado a la mayoría de países, a crear instrumentos normativos que regulen de manera adecuada la actividad que realizan este tipo de empresas, con el fin primordial de resguardar los derechos laborales de los trabajadores contratados bajo esta modalidad de empleo.

En Costa Rica, aún y cuando no existe ley especial que regule la actividad de suministro de mano de obra, las Empresas de Trabajo Temporal operan amparadas a un marco normativo ambiguo, que les permite intervenir en el mercado laboral costarricense y realizar intermediación laboral a través del suministrando mano de obra a favor de empresas usuarias. Datos de la Dirección Nacional de Empleo, evidencia que en el país operan decenas de

Agencias Privadas de Empleo, entre las que se cuentan transnacionales como Man Power, Adecco, Price Water House, DTS.¹

Un estudio de campo que realizamos para este trabajo, recoge datos que evidencian que algunas de estas Agencias Privadas de Empleo, funcionan como Empresas de Trabajo Temporal y se dedican al suministro de mano de obra, aún y cuando no cuentan con autorización para ello.²

La Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia³ en la resolución de un conflicto suscitado entre una trabajadora y una empresa de trabajo temporal, dispuso que aunque en nuestro ordenamiento positivo laboral no existe norma que regule de forma expresa, concreta y sistemática el funcionamiento de la empresa de trabajo temporal, a falta de norma expresa que impida el funcionamiento de este tipo de empresas, tampoco existe obstáculo para su constitución y funcionamiento.

Lo anterior evidencia un escenario complejo y riesgoso para miles de trabajadores que son contratados mediante modalidades contractuales atípicas que no tienen regulación en nuestro ordenamiento jurídico, y pone al descubierto el enorme reto que tiene el país frente a la necesidad de legislar con carácter de urgencia a favor de una reforma legal que promueva la creación de leyes que regulen de manera adecuadamente la actividad de suministro de mano de obra.

¹ En el año 2007, la Dirección Nacional de Empleo en conjunto con el Consejo Nacional de Intermediación Laboral del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, con la colaboración de la Unión de Cámaras Empresariales (UCAEP), realizaron un estudio para encuestar las Agencias Privadas de Empleo que funcionan en Costa Rica. Dicho estudio no ha sido publicado, pero la información obtenida nos fue facilitada por las autoridades de la Dirección Nacional de Empleo Público. Los datos recopilados consisten básicamente en un listado de empresas, con datos como dirección y teléfonos, que reconocen estar dedicadas a la intermediación laboral.

² En la etapa de investigación previa que para el desarrollo de este trabajo, con la finalidad de recopilar información sobre el funcionamiento de Empresas de Trabajo Temporal, hicimos una serie de entrevistas a algunas de las Agencias Privadas de Empleo sobre la base de una lista de ellas que nos fue suministrada por la Dirección Nacional de Empleo, y pudimos constatar que efectivamente estas agencias además de las actividades de colocación e intermediación clásica, brindan a empresas usuarias el servicio de suministro de mano de obra.

³ Resolución número 2004-00830. Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, de San José, de las nueve horas treinta y cinco minutos del primero de octubre del dos mil cuatro.

1. 4. Objetivo general:

El objetivo general de este trabajo es realizar un análisis sobre el funcionamiento de las Empresas de Trabajo Temporal y demostrar que en Costa Rica, estas empresas operan sin que exista en el país regulación especial que norme de manera adecuada la actividad del suministro de mano de obra que realizan en el mercado de trabajo.

1. 5. Objetivos específicos:

1. Examinar los aspectos de la descentralización empresarial, como fenómeno que justifica la intervención de las ETT en el mercado de trabajo.
2. Analizar el funcionamiento de las ETT dentro del marco de la descentralización empresarial.
3. Determinar los aspectos constitutivos de las ETT.
4. Exponer la regulación internacional sobre las ETT.
5. Analizar el marco normativo dentro del cual funcionan las ETT en Costa Rica.

1.6. Metodología:

Para la elaboración de este trabajo, se ha realizado una investigación basada en los métodos descriptivo, comparativo, explicativo y aplicado. La aplicación metódica se utilizó en consultas bibliográficas, estudio normativo y de legislación comparada, así como en el análisis de doctrina jurisprudencial.

CAPÍTULO SEGUNDO

Las Empresas de Trabajo Temporal y las nuevas formas de organización empresarial.

2. 1. La descentralización Empresarial.

2.1.1. Definición:

De acuerdo con Francisco Blat Gimeno (2000:19-20):

(...) la descentralización productiva o empresarial consiste en la transferencia al exterior de las empresas de actividades hasta entonces asumidas internamente o que, según el común modelo de organización empresarial, habrían sido directamente gestionadas.

En esa misma línea y a modo de complemento, Antonio Martín Valverde (2000:13), señala que:

(...) la descentralización productiva se caracteriza por la obtención de los objetivos productivos de una empresa principal, no por la incorporación de trabajadores a su planilla, sino por la combinación o coordinación de aportaciones parciales llevadas a cabo por empresas auxiliares o por colaboradores externos.

De acuerdo a las caracterizaciones que nos dan los autores citados, podemos decir que la descentralización empresarial consiste en un modelo de organización productiva mediante la cual una empresa para la obtención de sus objetivos de productivos, decide delegar en otras empresas la ejecución de alguna o varias tareas de su ciclo de producción, para sean estas las que mediante sus propios recursos y trabajadores se las suministren.

Surge así todo un modelo de producción caracterizado por la segmentación del proceso productivo, en el cual se materializa una división del trabajo que anteriormente, en el esquema de producción centralizado, se limitaba a lo interno de la empresa. En el caso de la descentralización empresarial, junto con la exteriorización de funciones, se exterioriza también la

división del trabajo, que se diluye en toda una telaraña de relaciones interempresariales a niveles que en muchas ocasiones resultan inimaginables.

2.1.2. Denominación:

Es común encontrar en la literatura jurídica que estudia el tema, diversos términos que hacen referencia al mismo fenómeno de la descentralización empresarial. Así, es frecuente ver que se utilicen denominaciones tales como “tercerización”, “deslocalización productiva”, “externalización”, “subarriendo de mano de obra”, “intermediación laboral”, “subcontratación”, “descentralización productiva” y el muy utilizado término anglosajón de “outsourcing”.

Tal y como advierte Américo Plá Rodríguez (2000:12), “esto agrega una dificultad más a un problema que en sí mismo es difícil”. Sin embargo, muchos autores estudiando la nomenclatura apuntada, señalan que no se trata de términos que sean sinónimos. Este es el caso del autor argentino Ricardo Hierrezuelo (Citado por Resenbaum y Castello, 2008:33), para quien entre el término descentralización empresarial y las otras denominaciones como las arriba mencionadas, existe una relación de género- especie, donde el primero de estos abarca a todas las demás como manifestaciones específicas de sus distintas modalidades.

Para concordar con el criterio del último autor citado, utilizaremos la expresión “descentralización empresarial”, por ser esta más amplia, y efectivamente, comprensiva de todas las otras. Además, en la poca literatura nacional que hay sobre el tema, se aprecia que el término descentralización empresarial se utiliza como el género, y los otros términos como especie de esta. (Bolaños Céspedes, 2009). De igual forma, los escasos pronunciamientos jurisprudenciales que sobre el tema ha emitido la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, dimensionan el fenómeno de la descentralización empresarial como el género que comprende diversas modalidades contractuales, como subcontratación, intermediación, trabajo temporal y suministro de mano de obra.⁴

⁴ Véase la sentencia de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, de las nueve horas treinta y cinco minutos del 1° de octubre del dos mil cuatro. Resolución número 2004-00830.

Algo similar sucede con la denominación que se le da a los sujetos que participan en el proceso que se estudia. En el caso de la empresa que externaliza sus operaciones para encargar su ejecución a otra, se le suele denominar “empresa principal”, “empresa comitente”, “empresa matriz”, “empresa contratista”, “empresa tomadora de obras y servicios”, entre otras.

Para efectos de este estudio, utilizaremos la denominación “empresa principal”, por considerar que es una de las denominaciones más empleadas en la doctrina, y porque ayuda a comprender de manera más sencilla la relación existente entre las partes que participan en el proceso descentralizador.

En cuanto a la empresa que asume el encargo de ejecutar las operaciones a favor de la empresa principal, se suelen utilizar términos tales como: “empresa auxiliar”; “empresa proveedora”; “empresa suministradora”; “empresa tercerizadora”, “empresa subcontratista”, “empresa periférica” y “empresa externa”. Sobre estos, por las mismas razones expuestas para el caso de la empresa principal, y porque se ajusta más a la figura de las Empresas de Trabajo Temporal que son el objeto de estudio de este trabajo, consideramos más correcto utilizar el término “empresa suministradora”.

Respecto a la figura del trabajador que participa en el esquema analizado, las adjetivaciones que se acostumbran usar son “trabajador suministrado”, “trabajador subcontratado”, “trabajador tercerizado”. De estas, utilizaremos la primera de ellos, que es la que comúnmente se utiliza para denominar al trabajador contratado por la empresa de trabajo temporal.

2.1.3 Objetivo:

El objetivo por excelencia que persiguen las empresas con la descentralización empresarial, consiste en poder concentrarse en la ejecución exclusiva de las funciones de carácter estratégico de su actividad y delegar en terceros la ejecución de tareas subsidiarias o de apoyo, y así lograr el aumento en la productividad. Tal y como lo explica Blat Gimeno (2000: 26):

(...) la empresa, una vez identificado cuál es el corazón, el baricentro de su actividad, ejecuta directa e internamente las funciones necesarias para la óptima consecución de este objetivo y opta por encomendar al exterior, controlando indirectamente, la realización de las demás.

Otros autores como Jeremy Rifkin (Citado por Rasenbaun y Castello, 2008: 37), señalan como parte del objetivo de la descentralización empresarial, el que las empresas, al externalizar parte de sus funciones, logren reducir costos de producción contratando obras y servicios con otras empresas que debido a su especialización producen a un menor costo, además de que la externalización dota a las empresas de una mayor flexibilidad para adaptarse a las variaciones del mercado.

Para Antonio Martín Valverde (Citado por Pla Rodríguez, 2000:13):

(...) la descentralización productiva se caracteriza por la obtención de los objetivos productivos de una empresa principal, no por la incorporación de trabajadores a su planilla, sino por la combinación o coordinación de aportaciones parciales llevadas a cabo por empresas auxiliares o por colaboradores externos.

2.1.4. El objeto:

Aunque en la doctrina es común encontrar diversas clasificaciones a través de las cuales se diferencian las múltiples variedades en las que se puede manifestar la descentralización empresarial, la mayoría de estudiosos del tema, coinciden en cuanto a que las actividades que pueden ser objeto de descentralización empresarial son las de naturaleza secundaria, subsidiarias o de apoyo, aún y cuando, existen autores que señalan que “puede externalizarse cualquier tipo de actividad, en la medida en la empresa principal conserve el control del proceso productivo”. (Raso Delgue, 2000:40)

Según la tesis de mayoría, se distingue entre actividades principales y accesorias, señalando que las primeras son las que resultan esenciales para cumplir el ciclo productivo y que constituyen el objetivo del funcionamiento de la empresa; mientras que las segundas, son las que resultan ajenas a la actividad

medular de la empresa (Plá, 2000:16), como por ejemplo: limpieza, mantenimiento, seguridad, entre otras.

Con relación al objeto propiamente dicho de la descentralización empresarial, se puede distinguir entre descentralización de operaciones o actividades, y la descentralización de mano de obra.

Por descentralización de operaciones o actividades, entendemos aquella actividad mediante la cual, la empresa principal encarga a una empresa externa proveedora, mediante un contrato, sea civil o comercial, la ejecución de una obra o la prestación de un servicio particular, para que esta lo realice por sus propios medios a cambio de un precio.

Jorge Rosenbaum y Alejandro Castello, (2008:38) aclaran que esta modalidad de descentralización:

(...)se instrumenta a través de una extensa gama de contratos comerciales o civiles, como por ejemplo, outsourcing, franchising, asistencia técnica, agencia, transferencia de tecnología, suministro de bienes y servicios, distribución, almacenaje y logística, arrendamiento de obra, transporte, así como también de contratos de colaboración o cooperación empresarial de tipo asociativo (joint venture, consorcios, cadenas productivas, grupos de interés económico, uniones temporales de empresas).

En cuanto a la descentralización de mano de obra, esta se da cuando lo que se contrata con la empresa proveedora es únicamente la fuerza de trabajo. Las formas más convencionales en que se manifiesta la descentralización de mano de obra son la intermediación laboral, la cesión y préstamo de mano de obra entre empresas y el suministro de trabajadores a través de las Empresas de Trabajo Temporal.

La descentralización de mano de obra, a través de la cesión o suministro de trabajadores se articula a través de una relación triangular de trabajo, conformada por dos contratos de diferente naturaleza: un contrato civil o comercial entre la empresa principal y la empresa proveedora de la mano de

obra; y un contrato laboral entre esta última y el trabajador contratado para el suministro.

La diferencia entre una y otra modalidad de descentralización empresarial, radica en que mientras en la descentralización de obras o servicios, la empresa principal contrata a la empresa proveedora para la ejecución de una obra o la prestación de un servicio que esta última realiza a través de su propia organización, con sus propios recursos, su propio personal y asumiendo todos los riesgos de la actividad contratada; en la descentralización de mano de obra, la empresa proveedora lo único que brinda a la empresa principal es el suministro de personal para que la empresa principal lo utilice, bajo su control y dirección, en ejecutar una serie de actividades que por diversas razones no son realizadas con el personal de su planilla.

Los autores Jorge Rosenbaum y Alejandro Castello (2008:40), puntualizan la diferencia entre las dos modalidades, señalando que en la primera de ellas (descentralización de operaciones) el trabajador no se inserta en la estructura organizativa de la empresa principal, por lo que no surge ninguna relación de dependencia; en la segunda modalidad (descentralización de mano de obra), el poder de control y dirección sobre los trabajadores contratados a la empresa proveedora, están en manos de la empresa principal, o al menos, compartidos entre ambas, lo que genera una relación triangular de trabajo.

Para estos mismos autores (Rosenbaum y Castello, 2008:40), el hecho de que en la descentralización de mano de obra la empresa proveedora se limite a contratar personal que luego pone a disposición de la empresa principal, hace que esta modalidad encuadre dentro de la intermediación laboral.

Nosotros compartimos este criterio, pero advirtiendo desde ya que la intermediación laboral entendida en su concepto clásico juega un papel mucho más limitado al que encontramos en las modalidades de intermediación a través de las cuales se instrumenta la descentralización de mano de obra.

Mientras que en la intermediación laboral clásica o tradicional, el intermediario se limita a intervenir en el mercado de trabajo a fin de poner en

contacto al trabajador con la empresa que lo contrata para que ejecute un trabajo a su favor y bajo su única dirección; en las modalidades de intermediación que se utilizan para instrumentar la descentralización de mano de obra, la empresa proveedora de mano de obra, aún y cuando actúa como intermediario, no se limita a poner en contacto a las partes de la relación laboral, sino que se introduce entre estas asumiendo tareas mucho más complejas tales como selección y capacitación; incluso llegan a asumir la dirección y remuneración del trabajador contratado, tal y como sucede con las Empresas de Trabajo Temporal, de donde surge una relación trilateral que resulta de enorme complejidad para la función normativa del Derecho del Trabajo, tema este que abordaremos detenidamente más adelante.

2.1.5. Causas:

Son muchas las causas las que dan origen y razón a la descentralización productiva. Señala Américo Plá (2000: 18), que en general se pueden distinguir cuatro tipos de causas como las principales promotoras de la descentralización, a saber: Las causas económicas; las causas tecnológicas; las causas organizativas y las causas laborales.

Dentro de las causas económicas, sin duda alguna la más señalada es la reducción de costos, cuya justificación parece venir dada por el aumento en la competitividad comercial producto de un mercado cada vez más globalizado. Juan Raso Delgue (2000:39), advierte que en una realidad globalizada y altamente competitiva, la reducción de costos se vuelve un objetivo central de toda política de gestión empresarial y en general el trabajo externalizado es menos costoso que el trabajo interno.

También se invoca como causa principal de la descentralización productiva, el desarrollo tecnológico, cuyo avance se convierte en acicate para que las empresas opten por esquemas descentralizados de producción. En este caso, es claro y no admite discusión alguna, que las nuevas tecnologías, en particular las tecnologías de la información, tienen un impacto cada vez mayor en las formas de producción, incluso han provocado nuevas

modalidades de trabajo, que permiten a la empresa una producción más rápida y efectiva.

El otro factor o causa, se refiere a los aspectos organizativos de la empresa moderna. Como señala Juan Raso Delgue (2000:40), el modelo económico global obliga a estrategias empresariales mucho más dinámicas. Las respuestas del aparato productivo deben ser rápidas. En este escenario, las empresas buscan hacerse de esquemas de organización más ágiles y eficaces, que les permitan adaptarse paso a paso a la corriente que impone el mercado. “Just in Time” es un imperativo categórico de organización productiva, que le exige a la empresa, prescindir de todo esquema organizativo que sea rígido o de compleja ejecución, de donde “han empezado a valorarse las empresas medianas y pequeñas que han demostrado ser mucho más rápidas, ágiles y adaptables en múltiples ocasiones que las grandes empresas”. (Plá Rodríguez, 2000:19).

Esta valoración por la unidad de producción más pequeña, fomenta la necesidad de cooperación interempresarial, lo que a su vez, facilita y promueve la descentralización productiva.

Finalmente, tenemos las causas de orden laboral. Casi de manera concurrente, el fenómeno de la descentralización productiva, ha venido acompañado de la flexibilidad laboral, cuyas propuestas han facilitado enormemente los esquemas de descentralización productiva. De igual forma, los altos niveles de desempleo y el aminoramiento de las fuerzas sindicales, han propiciado un ambiente apto para la expansión de los esquemas de descentralización empresarial, por cuanto por un lado, la carestía de trabajo lleva a contingentes completos de trabajadores a estar dispuestos a trabajar casi bajo cualquier esquema de trabajo, y por otro lado, las organizaciones sindicales que se han visto seriamente diezmadas, con lo que han perdido capacidad de resistencia y poder de lucha reivindicativa.

Tal y como lo explica Raso Delgue (2000:41):

La solidaridad obrera, base de la acción sindical, se construyó sobre la base de trabajadores reunidos durante jornadas completas de trabajo en un

misma lugar, con similares funciones y con las mismas recompensas. La moderna fragmentación de la fábrica, la competitividad de los trabajadores dependientes e independientes, la polivalencia y la desigualdad de las retribuciones ponen en crisis la solidaridad obrera. El sindicato encuentra dificultad en representar intereses de trabajadores, muchas veces contrapuestos.

2.1.6. Consecuencias:

Es lógico esperar de un proceso tan complejo y dinámico como la descentralización empresarial, múltiples consecuencias, tanto en el plano económico, como en el jurídico. Tratándose de la valoración que se hace de ellas, no puede existir mayor discrepancia entre las partes involucradas en el proceso.

Para las empresas los resultados de la descentralización productiva no pueden ser más ventajosos. Para los trabajadores, los efectos han sido más bien negativos.

Si partimos del objetivo que tiene la descentralización empresarial, bien podemos suponer que la mayor ventaja que de ella han obtenido las empresas es la reducción de costos.

Señala Américo Plá (2000:20), que gracias a la descentralización empresarial, las empresas han podido sobrevivir en un periodo de grandes convulsiones económicas y enfrentar el desafío de la competitividad dentro del ámbito de la mundialización.

Es claro que la reducción de costos que como resultado tiene el achicamiento de la estructura empresarial, y la utilización más efectiva y eficaz de recursos contratados con empresas especializadas proveedoras, le permite a la empresa principal lograr ser más competitiva.

La descentralización empresarial, le ha permitido a las empresas contar con una organización más ágil y una planilla más flexible, todo lo cual le facilita la adaptación rápida a las variaciones del competente mercado globalizado.

Sin embargo, y a pesar de las muchas ventajas que la descentralización empresarial trae a las empresas, no todo es positivo. En cualquiera de sus modalidades, la descentralización empresarial también representa inconvenientes para las empresas. Tratándose de la descentralización de operaciones, la empresa principal puede volverse dependiente de las empresas proveedoras y quedar sujeta a condiciones externas que a su vez le generan limitaciones para la producción, con lo que pone en riesgo su capacidad para competir en el mercado.

Si de descentralización de mano de obra se trata, la OIT (1997) ha advertido que:

(...)existen algunos inconvenientes potenciales del trabajo en régimen de subcontratación para las empresas usuarias ente los que se destaca la posibilidad de que los trabajadores estén menos capacitados y menos dedicados a su trabajo, lo que afectaría negativamente tanto a la calidad como a la productividad; también puede ocurrir que surjan problemas de disciplina, y que la relación entre trabajadores subcontratados y los empleados permanentes sea difícil, lo que no sería nada favorable para el ambiente de la empresa.”

En relación a los trabajadores, aún y cuando se ha dicho que la descentralización empresarial genera un aumento de puestos de trabajo, y que las modalidades contractuales atípicas que surgen de ella representan para muchos “la única oportunidad” para hacerse de un trabajo formal, lo cierto es que en términos generales, las consecuencias del fenómeno descentralizador han sido evidentemente negativas ya que el trabajo que por esta vía se crea es de poca calidad y los trabajadores han visto seriamente desmejorado su estatus laboral.

La mayoría de estudiosos del tema, coinciden en que la descentralización empresarial ha fomentado toda una erosión de derechos laborales que se concreta en una pérdida de empleo estable, aumento de la desigualdad salarial y desmejoramiento de los niveles de protección de la seguridad social.

Más notorio aún resultan los efectos negativos de la descentralización empresarial en el terreno de las relaciones laborales de carácter colectivo del trabajo. Los sindicatos han visto cómo su campo de acción es cada vez más reducido pues tal y como lo apunta Américo Plá (2000:20), “no es pensable la sindicalización de trabajadores convertidos en titulares de empresas unipersonales o distribuidos en numerosas pequeña empresas”.

Los esquemas organización productiva que surgen con la descentralización empresarial han conducido a que los sindicatos pierdan capacidad representativa, negociadora y de presión. Héctor Zapirain (2000: 450) señala que:

(...) al tiempo que se impulsa la desregulación del derecho individual del trabajo, se desarrollan estrategias tendientes a desvirtuar la esencia y finalidad de institutos como la huelga, el convenio colectivo o la participación en la empresa.

En definitiva, la descentralización empresarial tiene efectos verdaderamente perniciosos para los trabajadores; sus proyecciones alcanzan no sólo las relaciones individuales de trabajo sino también, a las relaciones colectivas de trabajo, lo que plantea un serio reto al Derecho del Trabajo.

2.2. Análisis jurídico de las Empresas de Trabajo Temporal en el marco de la descentralización Empresarial.

2.2.1 Aspectos Generales:

En la doctrina iuslaboralista, existe discusión en torno al tratamiento jurídico que debe dársele a la actividad que realizan las empresa de trabajo temporal.

Mientras que para algunos autores el suministro de mano de obra que realiza la Empresa de Trabajo Temporal encuadra dentro de los supuestos fácticos y jurídicos de la subcontratación laboral, para otros se trata de una modalidad compleja de intermediación.

Hugo Fernández Brignoni (2000:77), siguiendo los criterios que sustentan la primera tesis, considera que el suministro de mano de obra, es “un subtipo de subcontratación, que posee a su vez distintas formas de manifestación, entre ellas el suministro de mano de obra temporal”.

En la misma línea se ubica Arturo Bronstein (1999: 6), quien señala que la subcontratación laboral comprende dos situaciones diferentes: la primera de ellas es el suministro de mano de obra; la segunda es la contratación de servicios personales para la ejecución de tareas a favor de una Empresa Usuaria a través de un contrato civil o comercial.

En cuanto al suministro de mano de obra, el autor destaca que existen modalidades tradicionales tales como el contrato de equipo y el enganche por medio de un reclutador, y otras más recientes y sofisticadas entre las que incluye el suministro de mano de obra a través de una Empresa de Trabajo Temporal de servicios eventuales, la cooperativa de trabajadores, la entidad empleadora, o los préstamos de mano de obra inter-empresas o entre empresas principales y subordinadas. (Bronstein, 1999:7)

Advierte este último autor (Bronstein, 1999: 7) que:

En todos estos casos – tradicionales o recientes - el rasgo común es el mantenimiento de un contrato de trabajo formal con el suministrador de mano de obra, al tiempo que se establece una relación de subordinación laboral con la Empresa Usuaria.

A favor de la tesis que cataloga el suministro de mano de obra como una modalidad de intermediación laboral se pronuncia Gustavo Gauthier (2000, 349), para quien:

(...)si bien es cierto en el suministro de mano de obra temporal pueden llegar a visualizarse dos contratos: uno de naturaleza comercial, entre la empresa cliente y la suministradora y otro de naturaleza laboral entre ésta última y el trabajador temporario, el contrato de trabajo que la suministradora celebra con el trabajador temporario, no puede mirarse como un subcontrato o

contrato derivado del anterior, ya que en lo fundamental se trata de negocios que poseen naturalezas, objetos y consecuentemente obligaciones diferentes”.

También los autores uruguayos, Jorge Rosenbaum y Alejandro Castello (2008:129), exponen que el suministro de mano de obra, establece una vinculación entre empresas que queda comprendida en la noción de intermediación laboral, “toda vez que se verifique una situación de dependencia o de facto entre un trabajador y una Empresa Usuaria o principal que no sea formalmente su empleadora, constituirá una modalidad de intermediación”.

Tal y como lo adelantamos en el capítulo anterior a la hora de referirnos al objeto de la descentralización empresarial, en nuestro criterio, el suministro de mano de obra que realiza la empresa de trabajo temporal, constituye una modalidad de intermediación laboral, por cuanto con él se genera una relación mediata entre el trabajador y la Empresa Usuaria, a través de la intervención de la empresa de trabajo temporal.

En la subcontratación laboral, el objeto del contrato es la realización de una obra o la prestación de un servicio que la empresa principal o comitente encarga a la empresa subcontratista, la cual ejecuta el contrato con sus propios recursos y con su propio personal.

En el esquema de la subcontratación, los trabajadores mantienen una independencia total respecto de la empresa comitente, de ahí que no se ven sometidos a ningún tipo de subordinación más allá de la que mantienen con la empresa subcontratista para la cual trabajan.

A diferencia de lo anterior, en el contrato de puesta a disposición para el suministro de trabajadores mediante una empresa de trabajo temporal, el objeto del contrato de trabajo no es otra cosa que el trabajo mismo; es decir la fuerza laboral del trabajador cedido. Esto hace que el trabajador de la Empresa de Trabajo Temporal quede sometido directamente bajo el mando y dirección de la Empresa Usuaria o comitente.

Como consecuencia de esto último, el contrato de puesta a disposición tal cual lo ejecuta la empresa de trabajo temporal, genera una relación material

de subordinación directa entre el trabajador contratado y la Empresa Usuaria, situación que como vimos, no se da en el marco de la subcontratación.

2.2.2 La relación Triangular de trabajo de la Empresa de Trabajo Temporal: Dos patronos, un trabajador.

Tratándose de una modalidad de intermediación, el funcionamiento de la Empresa de Trabajo Temporal, genera una relación triangular que surge de la interposición de la ETT, entre el trabajador y la Empresa Usuaria (EU).

La “trilateralidad” viene dada por un lado por una relación comercial entre la Empresa de Trabajo Temporal y la Empresa Usuaria, en la cual la primera se compromete con la segunda a realizar el suministro de mano de obra; por el otro, existe una relación laboral entre la Empresa de Trabajo Temporal y el trabajador, que luego es cedido a favor de la Empresa Usuaria, y finalmente, un relación real y material entre el trabajador y la Empresa Usuaria la cual se beneficia de forma directa del trabajo realizado.

Desde una perspectiva meramente contractual, la relación comercial entre la Empresa de Trabajo Temporal y la Empresa Usuaria, se articula mediante el contrato de naturaleza mercantil denominado “contrato de puesta a disposición” cuyo objeto es la cesión de trabajadores contratados por la primera para ponerlos a disposición de la segunda, con el fin de que realicen trabajos transitorios.

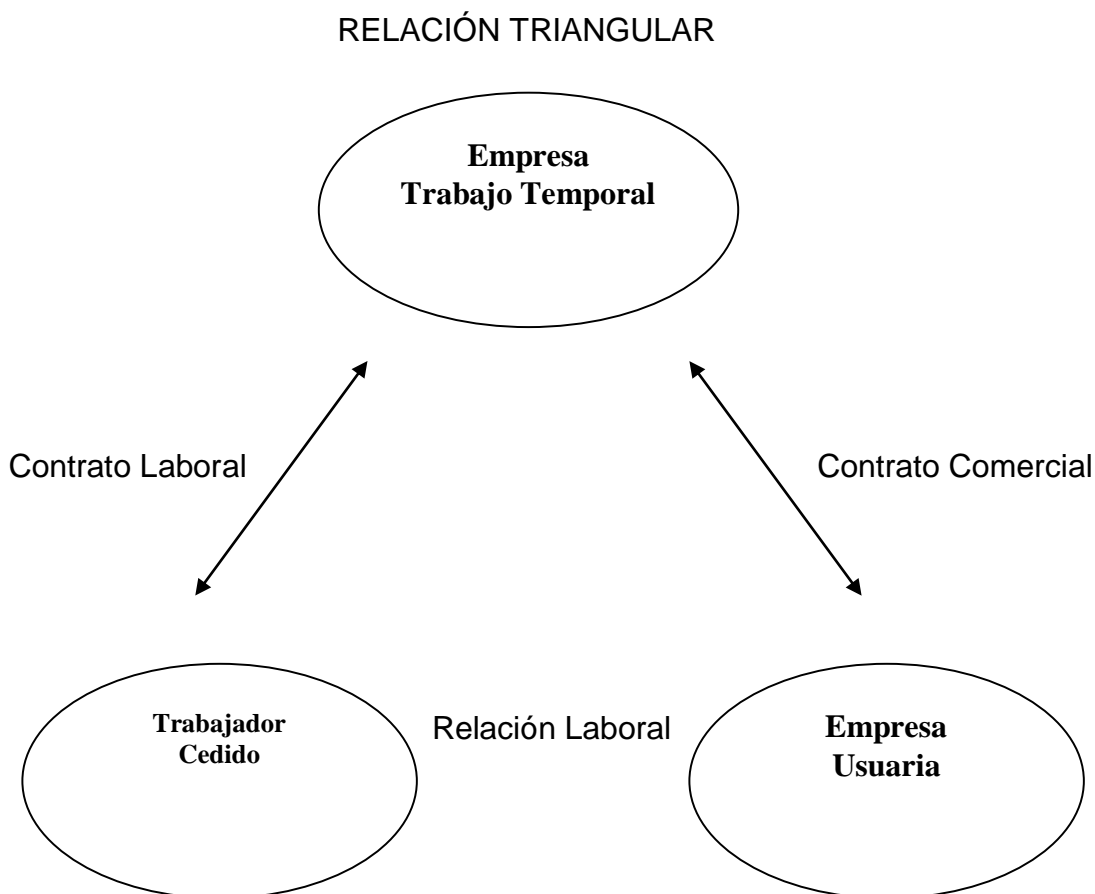
La relación entre la Empresa de Trabajo Temporal y el Trabajador, es una relación típica de trabajo. Oscar Ermida y Alejandro Castello (2000:420), señalan que la vinculación entre la Empresa de Trabajo Temporal y el trabajador puede presentar diversas modalidades:

a) el trabajador puede figurar en una mera lista de aspirantes ofrecidos por la Empresa de Trabajo Temporal a sus clientes, como en los registros de las bolsas de trabajo; b) entre la Empresa de Trabajo Temporal y el trabajador puede haber un contrato de duración indefinida, de conformidad con el cual el temporero es trabajador permanente de la empresa de trabajo temporal, la que debe incluso un salario, sin perjuicio de destacarle a cumplir misiones en

empresas usuarias (solución prevista en la legislación alemana); c) esta misma relación entre la Empresa de Trabajo Temporal y el trabajador puede ser calificada como contrato de duración indeterminada pero de ejecución intermitente; y d) puede considerarse que no hay ninguna relación permanente entre el trabajador y la empresa de trabajo temporal, celebrándose un contrato de duración determinada para cada misión o suministro.

En tanto, entre la Empresa Usuaria y el Trabajador no existe vínculo contractual alguno, pero sí una relación real y material de trabajo subordinado, en la cual la Empresa Usuaria controla y dirige al trabajador que queda sometido a su potestad de dirección y mando.

La relación triangular suele ser ilustrada con el siguiente gráfico:



Como se ve en el esquema, entre la ETT y la EU, existe una relación de carácter comercial; entre la ETT y el trabajador, una relación laboral, y entre

este y la EU, una relación material y real de ejecución del trabajo. En este esquema, la ETT contrata al trabajador para luego cederlo a la EU que es la que verdaderamente se beneficia de su fuerza de trabajo.

Refiriéndose al anterior esquema, Oscar Ermida y Alejandro Castello (2000:420), señalan que:

(...) la relación entre EU y el trabajador durante la misión es, sin lugar a dudas, una clásica relación de trabajo subordinado, en la cual la EU ejerce el poder de dirección. No es posible discutir, entonces, su condición de empleador, por más que en algún documento la ETT se atribuya en exclusiva esa calidad.

En efecto, desde el enfoque clásico de la relación de trabajo, en el esquema que hemos expuesto, el papel de empleador correspondería a la Empresa Usuaria, no solo por ser esta la que ostenta el poder de dirección del trabajo, sino porque es ella la que se beneficia de manera directa del producto del trabajo. En consecuencia, corresponderían también a ella, las responsabilidades propias de la relación laboral por todo el tiempo que se prolongue la existencia del vínculo, en tanto que, a la Empresa de Trabajo Temporal no se le podría ver más que como un sujeto intermediario, que contrata a un trabajador para ponerlo a disposición de la empresa usuaria.

Ahora bien, tratándose del suministro de mano de obra mediante una empresa de trabajo temporal, la lógica anterior no tiene cabida. El contrato de puesta a disposición crea una relación triangular que modifica por completo la estructura clásica de la relación de trabajo. Las partes que resultan vinculadas ya no son dos, sino tres, y las obligaciones surgidas de esa “trilateral” rompen el esquema de la típica relación de trabajo. Con esto, la función que desempeñan los sujetos que intervienen en la relación trilateral se torna en algunos aspectos, confusa y compleja, por cuanto existe una variación sustantiva de las funciones y obligaciones correspondientes a cada parte.

En efecto, resulta fácil constar que con el suministro de mano de obra a través de la Empresa de Trabajo Temporal, quien figura como empleador no es el sujeto que organiza el trabajo, ni mucho menos el que se beneficia del

mismo, mientras que el sujeto beneficiario que controla y dirige la actividad productiva, no es quien asume las obligaciones patronales frente a un trabajador que en estricto sentido se encuentra subordinado a ambos.

José Luis Ugarte Cataldo (2006:4) señala que el núcleo fundamental del suministro de mano de obra a través de la Empresa de Trabajo Temporal, se encuentra en este último rasgo:

(...) no se atiende para la determinación del empleador a quien recibe los servicios y ejerce la potestad de mando, sino a quien ha celebrado el contrato de trabajo temporal en la calidad de tal. Así, en los hechos, existe un empleador real, con quien el trabajador trata día a día, pero a quien la ley le da el carácter de tercero responsable (Empresa Usuaria), y, en el derecho, existe un “empleador virtual” (empresa suministradora), con quien el trabajador sólo ha suscrito el acto de contratación inicial, pero a quien la ley, sin embargo, le reconoce el carácter de parte directa.

Según lo expuesto, debe advertirse que en este esquema trilateral que hemos descrito, la condición subjetiva de empleador que asume la Empresa de Trabajo Temporal, viene dada por la misma ley que reconoce y legitima su existencia, de donde resulta válido afirmar, que el rol patronal que cumple, obedece a un recurso meramente jurídico. De atender a las condiciones reales en que se ejecuta el trabajo, dicha condición, necesariamente, le correspondería a la Empresa Usuaria, por ser esta la que mantiene en sus manos el ejercicio de las potestades de dirección y control del trabajo, y por ser ella ante quien materialmente el trabajador se encuentra subordinado.

Tal y como lo indican Oscar Ermida y Alejandro Castello (2000: 418):

(...)esta condición de “empleador que no es empleador” asumida por EU a través de la ETT, es un ficción absolutamente inadmisibles en el Derecho del trabajo, a la luz del principio de primacía de realidad. Más aún, cuando la ficción recae en algo tan esencial, tan básico y tan elemental como la condición misma de empleador.

De acuerdo a estos mismos autores (Ermida y Castello, 2000: 418):

Solo una ley, a texto expreso, podría operar un efecto tan radical, tan ficticio, tan mágico, de convertir empleador a quien cumple solo la formalidad de tal y quitar esa condición a quien recibe y dirige el trabajo.

Vistas así las cosas, es claro que el rol de empleador que asume la Empresa de Trabajo Temporal, surge de una construcción jurídica, que proyecta sus efectos en un doble sentido: por un lado le otorga condición de patrono a la ETT cuando no es ella la que materialmente ejecuta las potestades más definitorias del sujeto empleador. Por otro lado, le niega dicha condición a la Empresa Usuaria que es la que verdaderamente organiza y dirige el trabajo, y le exime de la responsabilidad laboral ante un trabajador, que en el plano real se encuentra subordinado a ambas empresas.

La disociación entre patrono formal y patrono real que encontramos en el suministro de mano de obra a través de la Empresa de Trabajo Temporal, es un recurso jurídico que se sustenta en toda su dimensión en el marco legal que la crea. Nace de la ley, y sólo a través de ella logra imponer sus efectos.

En el plano real, esta disociación de la figura patronal carece de sentido pues no existe ningún elemento fáctico que la justifique. Los vínculos que se materializan entre los sujetos que componen la relación triangular, ETT-Trabajador- EU, y las condiciones reales en que se ejecuta el trabajo, determinan con toda claridad el rol de patrono que asume al Empresa Usuaria.

De acuerdo a esto último, debe afirmarse que la descomposición de la figura unitaria del empleador que se da con este tipo de suministro de mano de obra, exige para su validez la existencia de una ley que expresamente otorgue a la Empresa de Trabajo Temporal la condición de patrono.

Asumiendo la validez de la ficción jurídica -como la llaman Oscar Ermida y Alejandro Castello (2000: 418), mediante la cual la Empresa de Trabajo Temporal asume el rol de patrono y consecuentemente las obligaciones que le son inherentes, debemos aceptar que el problema de la responsabilidad patronal queda resuelto.

En consecuencia, habría que aceptar que la relación triangular que se da en ocasión del suministro de mano de obra que presta la Empresa de Trabajo Temporal, tiene bien definidos sus contornos, y dentro de ellos el rol que corresponde a cada sujeto integrante de la “trilateralidad” y sus derechos y sus obligaciones.

Esta es la situación que encontramos en algunos países latinoamericanos. Un ejemplo de ello es la legislación colombiana, cuyo texto señala expresamente que la ETT tiene carácter de único empleador con respecto tanto a los trabajadores de planta como en misión. Además, la ley estipula que todas las obligaciones legales y de seguridad social, incluyendo las relacionadas a la salud ocupacional del trabajador cedido, son responsabilidad exclusiva de la ETT.

Con un régimen de responsabilidad distinto, pero siempre recalcando el papel de empleador único que asume la ETT, la legislación argentina establece que el trabajador temporario se encuentra en una relación de dependencia, con una relación de carácter permanente continua o discontinua con la Empresa de Trabajo Temporal.

La existencia de una legislación especial que regule la actividad del suministro de mano de obra, permite evitar los problemas para determinar con claridad dentro de la regulación triangular ETT-Trabajador- EU, la identidad del patrono.

Muy distinta es la situación en aquellos casos donde la actividad del suministro de mano de obra no se encuentra regulada y sin embargo se permite la intermediación de Empresas de Trabajo Temporal. No son pocos los países donde este tipo de empresas no tienen prohibición para ejercer la actividad del suministro de mano de obra, aún y cuando sus legislaciones no cuentan con leyes que las regulen.

Tal es el caso de Costa Rica. La figura contractual de suministro de mano de obra es ajena a la legislación laboral costarricense. El Código de Trabajo tan sólo se refiere a la intermediación laboral clásica, entendida esta como la mera colocación de trabajadores a favor de un patrono. Por otro lado, al no existir

norma expresa que prohíba la intermediación laboral, las Empresas de Trabajo Temporal pueden funcionar sin más limitaciones que las que contempla la legislación común.

La ausencia de una norma jurídica que otorgue expresamente la condición de patrono a la Empresa de Trabajo Temporal como suministradora de mano de obra, hace jurídicamente imposible que opere el desplazamiento de la responsabilidad patronal de la Empresa Usuaria hacia la Empresa de Trabajo Temporal.

A nuestro juicio, en todo caso donde exista intermediación de Empresas de Trabajo Temporal dedicadas al suministro de mano de obra sin que esta actividad esté debidamente regulada, los problemas que se susciten en torno a la identidad del empleador deben ser abordados desde la perspectiva del principio de primacía de la realidad. De acuerdo a los criterios que desarrollan el citado principio, no cabe duda que en estos casos la condición de patrono recaerá en la Empresa Usuaria, por ser esta la que materialmente ejecuta las potestades que definen con mayor categoría al sujeto patrono.

Dentro de este último escenario la Empresa de Trabajo Temporal asumiría el papel de un simple intermediario, y bajo dicha condición, quedaría sujeta al régimen de responsabilidad solidaria o subsidiaria correspondiente a la intermediación laboral clásica y bajo la regulación que ofrece la legislación laboral común.

CAPITULO TERCERO

Las Empresas de Trabajo Temporal.

3.1. Las Empresas de Trabajo Temporal en los convenios de la Organización Internacional del Trabajo.

3.1.1. Antecedentes:

Consecuente con el principio consagrado en el Tratado de Versalles que dispone que el trabajo no es una mercancía, la Organización Internacional del Trabajo desde su origen reaccionó contra la mala reputación que tenían los intermediarios y reclutadores de trabajadores por prácticas contrarias a dicho principio, y se inclinó por la defensa del régimen de monopolio público de la colocación.

A pocos meses de su creación en 1919 , la OIT promulgó el Convenio sobre el desempleo, Convenio número 2, que dispone el establecimiento de agencias públicas no retribuidas de colocación y el control por el Estado de las agencias privadas no retribuidas de colocación, acompañado de la Recomendación (número 1), adoptada el mismo año, la cual se pronuncia a favor de medidas públicas encaminadas a prohibir la creación de agencias retribuidas de colocación o de empresas comerciales de colocación.

Instrumentos ulteriores (Convenios y Recomendaciones) reafirman el principio del monopolio, aún y cuando la prohibición a las agencias retributivas de colocación empezó a experimentar un trato más flexible. Así, el Convenio sobre las Agencias Retribuidas de Colocación de 1933 (número 34), y la Recomendación sobre las Agencias de Colocación de 1933 (número 42), introducen atenuantes a las disposiciones sobre la supresión de este tipo agencias.

En este sentido, el Convenio número 34 si bien fija un plazo de tres años a los países suscriptores para imponer el cierre a las agencias de colocación, también establece un régimen de excepción a esa medida, para el caso de categorías determinadas de ocupaciones en las que la colocación pueda plantear problemas especiales. En esa misma línea, la citada recomendación,

en su parte introductoria establece que “la supresión de las agencias podría dar lugar a ciertas dificultades en los países donde las oficinas públicas gratuitas de colocación no estén en condiciones de sustituir por completo a las agencias suprimidas”.

En 1944 la Declaración de Filadelfia reitera que el trabajo no es una mercancía y como consecuencia casi inmediata de ello, la OIT retomó el tema de las agencias de colocación y en el año 1949, dispuso la revisión del Convenio número 34 y se promulgó un nuevo convenio, el Convenio sobre las Agencias Retribuidas de Colocación (revisado) de 1949 (número 96).

No obstante debe advertirse que el nuevo Convenio, acorde con la tendencia de atenuar la prohibición del funcionamiento de las agencias de colocación retribuidas, ofrece a los Estados ratificantes, la posibilidad de optar por la supresión progresiva de estas agencias, y poner la actividad de manera exclusiva en manos del servicio público, o bien, les permite apartarse del principio del monopolio, de manera que puedan y que pueden coexistir agencias públicas y privadas, incluso con fines lucrativos, aunque, por supuesto, las privadas sólo pueden funcionar si están sujetas a un régimen de control estricto.

La posibilidad de romper con el monopolio de la colocación, introdujo un cambio considerable de la tesis que tradicionalmente había defendido la OIT. A partir de la promulgación del Convenio número 96, las agencias de colocación retribuidas empezaron a tener una aceptación que no habían tenido antes.

En la década de los años 60, cuando las Empresas de Trabajo Temporal hacen aparición y empiezan a expandirse en los países industrializados, surgió la duda sobre si a este tipo de empresa le eran aplicables las disposiciones del Convenio número 96 del año 1949.

A raíz de una solicitud de interpretación presentada en el año 1966 por el Gobierno de Suecia a la OIT, el Director General, emitió un criterio mediante el cual consideraba que las Empresas de Trabajo Temporal sí encajaban efectivamente en la definición de las agencias retribuidas de colocación contenida en el Convenio número 96 y por ende, les era aplicables las

disposiciones de dicho convenio. El criterio fue secundado por la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (OIT, 1994:10), que consideró que dichas empresas están cubiertas por la definición que figura en ese Convenio y que su existencia es lícita a la luz de la cláusula de excepción prevista en el artículo 5 del Convenio.

Desde entonces la controversia sobre los alcances del Convenio número 96 y la conveniencia de aplicar sus disposiciones a las Empresas de Trabajo Temporal llevó a muchos países a denunciar el convenio, y a optar por regular su funcionamiento a través de legislación propia, por cuanto consideraban que las ETT eran legalmente los empleadores de los trabajadores que contrataban y no meros intermediarios. (1994:4)

Quizás, como resultado de lo anterior el Convenio número 96 no tuvo gran acogida entre los países miembros, pues recibió relativamente pocas ratificaciones⁵ y para el período en que estaba sujeto a denuncia (entre julio de 1991 y julio de 1992, un año dentro de un período de diez años) fue denunciado por varios Estados⁶.

Dada la poca adhesión que obtuvo el Convenio número 96, la Oficina de la O.I.T. propuso al Consejo de Administración, la conveniencia de revisarlo. Así en el año 1992, en su 254ª reunión el Consejo de Administración de la O.I.T. decidió inscribir en el orden del día de la octogésima primera reunión (1994) de la Conferencia Internacional del Trabajo, para discusión general, la cuestión del papel de las agencias de empleo privadas en el funcionamiento de los mercados de trabajo. La discusión de la Conferencia, concluyó con la recomendación unánime de que había que revisar el Convenio número 96.

Finalmente, y después de un largo proceso de estudio y discusión sobre el tema de las agencias privadas de empleo, la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, en su octogésima quinta reunión, en 1997, acogiendo las diversas proposiciones relativas a la revisión del Convenio

⁵Solo un 41 Estados Miembros de la OIT lo han ratificado a 31 de Diciembre de 1995.

⁶Entre estos países se encuentran: Alemania, Finlandia, Suecia, Brasil y Países Bajos.

número 96, adoptó la aprobación de un nuevo instrumento, denominado “Convenio 181 sobre las agencias de empleo privadas”, del año 1997.

EL nuevo instrumento, reconoce el papel que las agencias de empleo privadas pueden desempeñar en el buen funcionamiento del mercado de trabajo, y en contraste con el Convenio número 96, consagra el principio de que la intermediación privada en el mercado de trabajo es una actividad legal y legítima (Bronstein, 1998:4).

De conformidad con este Convenio, el régimen jurídico al que estarán sujetas las Agencias Privadas de Empleo deberá ser determinado por la legislación o la práctica nacionales, previa consulta con las organizaciones de empleadores y de trabajadores más representativas.

Costa Rica, suscriptora del Convenio 96 asumió ante la Organización Internacional del Trabajo el compromiso de denunciar dicho convenio y proceder con la ratificación del nuevo instrumento normativo. Dado que a la fecha el Convenio 181 no ha sido ratificado, aún y cuando el Poder Ejecutivo remitió a la Asamblea Legislativa el proyecto de ley para su ratificación, el país continua bajo los compromisos adquiridos en el Convenio 96, razón por la cual, seguidamente pasaremos a exponer un breve análisis sobre la regulación que contienen los dos convenios.

3.1.2. Convenio 96.

El Convenio número 96, que fue adoptado por la Conferencia Internacional del Trabajo en 1949, entró en vigor en 1951. Aunque se inclina por la prevalencia del monopolio de colocación, debe advertirse que por primera vez en un instrumento de esta naturaleza, se prevé un régimen de excepción respecto de ese monopolio y ha indicado las excepciones que pueden concederse. El Convenio número 96 prevé también un trato diferente según que las agencias retribuidas actúen o no con fines lucrativo pero impone para todos los casos el respeto del principio de gratuidad de los servicios en favor de los trabajadores.

En concordancia con el régimen de excepción al monopolio de la colocación el Convenio ofrece a los Estados firmantes dos posibles opciones excluyentes entre sí, a saber:

a) Acogerse las disposiciones de la parte II del Convenio, que impone la “supresión progresiva de las agencias retribuidas de colocación con fines de lucro y reglamentación de las demás agencias de colocación”, esto en un plazo prefijado.

b) Acogerse a las disposiciones de la parte III del Convenio, que permite la operación de las agencias retribuidas de colocación, a condición de que el Estado regule su actividad, en cuyo caso se deberá garantizar la regulación y vigilancia del funcionamiento a cargo de la autoridad administrativa competente.

Como se apuntó líneas arriba, este convenio tiene plena vigencia en Costa Rica. El país lo suscribió mediante ley número 2561 del 11 de mayo de mil novecientos sesenta, y se acogió a las disposiciones de la parte II, comprometiéndose con ello a suprimir y prohibir el funcionamiento de las agencias retribuidas de colocación, y optar por un servicio público de empleo para la colocación, hecho que pone al país dentro de un grupo minoritario de miembros de la OIT.

Pese a lo anterior, el país ha mantenido una posición vacilante frente a las obligaciones adquiridas con la firma del convenio, situación que ha sido advertida por la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT en varias ocasiones. Así, en el año 1999, este órgano en su 70ª reunión, formuló el siguiente comentario:

La Comisión observa que el Gobierno se refiere en su memoria a las medidas tomadas por las autoridades competentes para reglamentar el funcionamiento de las agencias retribuidas de colocación con fines lucrativos y sin fines lucrativos en aplicación de las disposiciones de la Parte III del Convenio. La Comisión debe recordar al Gobierno que el Convenio ha sido ratificado con aceptación de las disposiciones de su Parte II, y no de la Parte III, como considera el Gobierno. La Parte II prevé la supresión progresiva de las

agencias de colocación retribuidas con fines lucrativos y la reglamentación de las demás agencias de colocación, y sigue constituyendo ello la obligación del Gobierno. Por consiguiente, la Comisión solicita al Gobierno que indique las medidas adoptadas o propuestas en relación con la Parte II.

La situación fue nuevamente valorada por la Comisión en su 77º reunión en el 2006, en cuya ocasión manifestó:

La Comisión toma nota de la declaración del Gobierno contenida en la memoria recibida en septiembre de 2005 indicando que no ha fijado un plazo limitado para la supresión de las agencias retribuidas de colocación. La Dirección Nacional de Empleo se mantiene siempre atenta a su función fiscalizadora cuando detecta alguna anomalía en la materia. La Comisión solicita al Gobierno que, en su próxima memoria, facilite indicaciones generales sobre la manera de aplicar el Convenio núm. 96, incluyendo resúmenes de los informes de inspección, información relativa al número y naturaleza de las infracciones observadas y cualquier otro detalle relacionado con la aplicación práctica del Convenio (por ejemplo, la extensión de las actividades de las agencias de colocación privada y las medidas adoptadas por la autoridad competente para vigilar las actividades de dichas agencias.

Debe advertirse que hasta la fecha la situación que prevalece en el país en torno al funcionamiento de las agencias retribuidas y el cumplimiento de las obligaciones del convenio 96 sigue siendo la misma que ha conocido la Comisión en las ocasiones citadas.

Pese a estar obligado a suprimir las agencias privadas de colocación, el país se muestra tolerante con su existencia y el Ministerio de Trabajo ha hecho poco por regular su funcionamiento, aún y cuando la propia Ley Orgánica del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, establece claramente en su artículo 80 la prohibición absoluta de las agencias privadas de colocación y la actividad de intermediarios.

3.1.3. Convenio 181.

Producto de las circunstancias antes explicadas, este Convenio modifica de manera drástica los criterios que se aplicaban a la intermediación privada en el mercado de trabajo conforme la regulación que dispone el convenio 96. (Bronstein, 1998:2)

En su Exposición de Motivos, el Convenio reconoce la importancia que tienen las agencias privadas de empleo para el buen funcionamiento del mercado de trabajo, así como a la necesidad de proteger a los trabajadores contra abusos, de garantizar la libertad sindical y de promover la negociación colectiva y el diálogo social.

Conforme a lo anterior, el Estado que opte por la ratificación de este instrumento, debe garantizar el respeto a un mínimo de obligaciones y en determinadas circunstancias prohibir el funcionamiento de agencias de empleo privadas respecto de ciertas categorías de trabajadores, o ramas de actividad, así como también puede excluir a determinadas categorías de trabajadores del ámbito de aplicación del convenio.

El artículo 1 del Convenio recoge la definición de agencia privada de empleo, que según vimos antes, es “toda persona física o jurídica, independiente de las autoridades públicas, que presta servicios en relación con el mercado de trabajo”.

Su inciso b) se refiere en particular a las Empresas de Trabajo Temporal, definiéndolas como aquella persona física o jurídica que presta “servicios consistentes en emplear trabajadores con el fin de ponerlos a disposición de una tercera persona, física o jurídica denominada “Empresa Usuaria”, que determine sus tareas y supervise su ejecución. Por trabajadores debe entenderse a los solicitantes de empleo.

El artículo 2 limita el campo de aplicación de la normativa a los sujetos definidos en el artículo anterior, y señala los objetivos de la normativa, cual es permitir la actividad de dichos entes, así como la protección de los trabajadores que utilicen sus servicios en el marco de sus disposiciones. En este artículo

también se consagra la posibilidad del Estado miembro de excluir y prohibir a las agencias de empleo privadas realizar sus actividades con respecto a determinadas categorías de trabajadores y a ciertas ramas de actividad económica.

Al tenor de lo que dispone el artículo 3 del Convenio el régimen jurídico al que estarán sujetas las AEP deberá ser determinado por la legislación o la práctica nacionales, previa consulta con las organizaciones de empleadores y de trabajadores más representativas. Es claro que la norma resalta la importancia que tiene el diálogo social entre los actores laborales, dentro de la práctica tripartita instituida en el seno de la OIT, para la adopción de la normativa.

Las obligaciones más importantes que recoge el convenio son las siguientes:

(i) Respeto al principio de Igualdad:

A través del artículo quinto, el convenio postula el principio de igualdad, de oportunidades y trato en o en materia de acceso al empleo. Conforme lo dispuesto en dicha norma, sean garantizados. El mismo Artículo dispone que todo Miembro velará para que las Agencias de Empleo Privadas (AEP) traten a los trabajadores sin discriminación alguna por razones de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional, origen social o cualquier otra forma de discriminación cubierta en la legislación y la práctica nacionales, tales como la edad o la discapacidad, todo lo anterior sin perjuicio de que las AEP faciliten servicios especiales o apliquen programas destinados a ayudar a los trabajadores más desfavorecidos en sus actividades de búsqueda de empleo.

(ii) Respeto al principio de Gratuidad:

Como garantía fundamental para los efectos del convenio, el artículo 7 recoge el principio de Gratuidad, de enorme importancia en materia de servicios de empleo. La norma establece la prohibición a las agencias de empleo privadas de cobrar algún tipo de tarifa u honorario a los trabajadores

por los servicios prestados, salvo excepciones debidamente justificadas ante el ente internacional.

Este principio tolera excepciones solo para casos muy calificados, tales como la colocación de altos ejecutivos, o de artistas o interpretes, respecto de los cuales las AEP funcionaria como un empresario gestor de contratos.

(iii) Respeto al principio de la Libertad Sindical.

El principio de la Libertad sindical está consagrado en el artículo 11, que impone a los Estados firmantes la obligación de adoptar medidas que permitan a los trabajadores gozar de la debida protección en materia de libertad sindical, negociación colectiva, salarios mínimos, jornada y demás condiciones de trabajo, prestaciones de seguridad social obligatoria, acceso a la formación, seguridad y salud en el trabajo, indemnización en caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional, indemnización en caso de insolvencia y protección de los créditos laborales, protección y prestaciones de maternidad y parentales.

(iv) Respeto al Principio de Autonomía de la Información.

El artículo 6 se refiere al tratamiento de los datos personales de los trabajadores. La norma señala el deber que tienen las agencias de empleo privadas de respetar el ámbito privado de los trabajadores, y la obligación de limitar la recolección de datos a cuestiones relativas a las calificaciones y experiencia profesional de los trabajadores.

Arturo Bronstein (1998:5), señala que:

(...)por primera vez, un convenio de la OIT contiene disposiciones específicas acerca del tratamiento de los datos personales de los trabajadores; tema que en razón de los progresos de la informática es hoy objeto de creciente preocupación por parte de los legisladores nacionales.

El tema del tratamiento de los datos personales de los trabajadores se encuentra expresamente contenido en la Recomendación que acompaña el Convenio, en la cual se establece la prohibición para las agencias privadas de empleo de consignar en ficheros o en registros, datos personales que no sean

necesarios para juzgar la aptitud de los candidatos respecto de los empleos para los que están siendo o podrían ser tomados en consideración.

A parte de las anteriores obligaciones, el convenio prohíbe expresamente el trabajo infantil, en los términos que recoge su artículo 9, por lo que todo Estado firmante debe tomar medidas para asegurar que las AEP no recurran al trabajo infantil ni lo ofrezcan.

Finalmente, el convenio recoge una serie de disposiciones que apuntan a fortalecer las acciones coordinadas entre las agencias privadas de empleo y los servicios públicos de empleo, para lo cual imponte a las agencias privadas a modo de obligación el facilitar información relacionada con sus actividades.

Costa Rica aún no ha ratificado el convenio 181, aunque el país se ha comprometido con hacerlo. Así se colige de los comentarios formulados por la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, en su 77° reunión celebrada el año 2006, donde se indica:

El Gobierno indica en su memoria que el Consejo Nacional de Intermediación de Empleo tiene entre sus principales funciones dictar las políticas y acciones que regirán los servicios de empleo públicos y privados a nivel nacional (artículo 3, b) del reglamento núm. 29219-MTSS de 22 de diciembre de 2001, también mencionado en relación con la aplicación del Convenio sobre el servicio del empleo, 1948 (núm. 88)). Además, en el documento Política de Empleo para Costa Rica, del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (marzo de 2004), se expresa que se le ha conferido al Sistema Nacional de Información, Orientación e Intermediación de Empleo (SNIOIE) la función de colaborar con las agencias privadas de empleo, observándose que las agencias privadas de empleo han sido prohibidas por ley y que la aprobación, pendiente en el Congreso, del Convenio sobre las agencias de empleo privadas, 1997 (núm. 181), vendría a facilitar la intermediación del empleo a través de la regulación de la cooperación entre dichas agencias y el servicio público de empleo (documento mencionado, página 38). En efecto, la Comisión destaca que el Convenio núm. 181 reconoce la función desempeñada por las agencias de empleo privadas en el

*funcionamiento del mercado de trabajo. Por su parte, el Consejo de Administración de la OIT ha invitado a los Estados parte en el Convenio núm. 96 a contemplar la posibilidad de ratificar el Convenio núm. 181, ratificación que implicaría, la denuncia inmediata del Convenio núm. 96 (documento GB.273/LILS/4 (Rev. 1), 273.ª reunión, Ginebra, noviembre de 1998). **La Comisión invita al Gobierno a que la mantenga informada sobre el trámite legislativo y los otros procedimientos necesarios para ratificar el Convenio núm. 181.** (La negrita es del original)*

Efectivamente, el 14 de mayo del año 2002 el Poder Ejecutivo presentó a la Asamblea Legislativa el proyecto de ley para la ratificación del convenio número 181, al cual se le asignó el expediente legislativo número 14.736 y desde entonces se encuentra en lista de espera para ser discutido y aprobado.

En la Exposición de Motivos del proyecto de ley, el Poder Ejecutivo señala que la propuesta legislativa obedece al cumplimiento de las obligaciones contraídas por el Gobierno de Costa Rica como miembro de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), y justifica la necesidad de contar con el nuevo instrumento normativo señalando que:

El sistema jurídico nacional, dispone de una legislación que se puede considerar adecuada y apropiada que regula eficazmente la materia objeto del Convenio (...) Sin embargo, en virtud que el instrumento que nos ocupa, revisa el Convenio sobre las agencias retribuidas de colocación (núm. 96), aprobado y ratificado por Costa Rica, toda vez que toma en cuenta los cambios que se han producido en los últimos años, es que se recomienda su aprobación, no sin antes considerarse conveniente y oportuno que su texto sea sometido a un amplio proceso de consulta por parte de las principales organizaciones de trabajadores y empleadores, para considerar su viabilidad de hecho y de derecho.

3.1.4. Recomendación 188.

En cuanto a la Recomendación 188, que acompaña al Convenio 181, debemos señalar que recoge disposiciones importantes que complementan de muy buena forma los alcances del convenio.

Dividida en dos partes, la primera de ella contempla las disposiciones generales, y entre ellas señala que en la medida de lo posible las organizaciones de empleadores y de trabajadores deberían ser asociados a la formulación y aplicación de las disposiciones adoptadas para dar efecto al convenio.

En este mismo apartado la recomendación reconoce la conveniencia de complementar la legislación nacional aplicable a las agencias de empleo privadas, mediante normas técnicas, directrices, códigos de deontología, procedimientos de autocontrol o por otros medios que sean conformes a la práctica nacional.

La segunda parte exhorta a los miembros a adoptar las medidas necesarias para prevenir y eliminar aquéllas conductas contrarias a la ética por parte de las agencias de empleo privadas, y recoge las siguientes medidas de protección:

Formalización del Contrato escrito de trabajo: La recomendación destaca la conveniencia de que los trabajadores suministrados por una AEP a una Empresa Usuaria cuenten con un contrato de trabajo escrito en donde se especifiquen sus condiciones de empleo. Como mínimo, deberían ser informados de sus condiciones de empleo antes del inicio efectivo de sus tareas.

Prohibición al Esquirolaje: Señala la recomendación que las agencias privadas de empleo no deberían poner trabajadores a disposición de una Empresa Usuaria con el fin de reemplazar a trabajadores de esta última que se encuentran en huelga.

Prohibición a las prácticas desleales: La recomendación señala que la autoridad competente debería reprimir las prácticas desleales en materia de publicidad y anuncios engañosos, incluidos aquéllos para empleos inexistentes.

Prohibición trato discriminatorio: Se debería prohibir, o impedir con otras medidas, a las Agencias de Empleo Privadas formulen o publiquen anuncios de puestos vacantes o de ofertas de empleo que tengan como

resultado, directo o indirecto, la discriminación fundada en motivos de raza, color, sexo, edad, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social, origen étnico, discapacidad, situación conyugal o familiar, orientación sexual o afiliación a una organización de trabajadores.

En esta misma línea, la recomendación señala que las Agencias de Empleo Privadas no deberían reclutar, colocar o emplear trabajadores para trabajos que impliquen riesgos y peligros no aceptados o cuando puedan ser objeto de abusos o trato discriminatorio de cualquier tipo. Cuando reclutan a trabajadores migrantes, deberían informarles, en la medida de lo posible en su idioma o en el que les resulte familiar, acerca de la índole del empleo ofrecido y las condiciones de empleo aplicables.

Respeto a la esfera privada del trabajador: La recomendación señala que se deberían adoptar medidas para asegurar el acceso de los trabajadores a todos sus datos personales, tal y como se conservan en los sistemas de tratamiento automático o electrónico o en ficheros manuales.

Estas medidas deberían contemplar el derecho de los trabajadores a examinar y obtener copia de estos datos así como el derecho a solicitar que se supriman o rectifiquen los datos inexactos o incompletos.

Finalmente, al igual que el convenio la Recomendación señala la conveniencia de fomentar la cooperación entre los servicios públicos de empleo y las agencias de empleo privadas para la puesta en práctica de una política nacional de organización del mercado de trabajo.

3.2. Las Empresas de Trabajo Temporal: su estructura y su funcionamiento.

3.2.1 Definición:

Se denomina Empresa de Trabajo Temporal (ETT) a aquella empresa cuya actividad consiste en suministrar trabajadores de manera temporal a otra empresa denominada usuaria, para la ejecución de tareas de naturaleza transitoria.

El autor Valdez Dal Ré, citado por el profesor venezolano Luis Eduardo Díaz (2005: sn), señala que en doctrina se define a las Empresas de Trabajo Temporal “como compañías de giro único, las cuales ponen a disposición de un beneficiario, con carácter temporal, trabajadores por ellas contratados, asumiendo las obligaciones del empleador.”

La Directiva 2008/104/CE del Parlamento Europeo del 19 de noviembre de 2008 relativa al trabajo a través de Empresas de Trabajo Temporal, las define como:

(...) toda persona física o jurídica que, de conformidad con el Derecho nacional, celebre contratos de trabajo o entable relaciones laborales con trabajadores cedidos por Empresas de Trabajo Temporal a fin de ponerlos a disposición de empresas usuarias para trabajar en ellas de manera temporal bajo el control y la dirección de dichas empresas.

Se trata de empresas de servicio, regidas por el derecho privado, que a cambio de una contraprestación financiera se comprometen a intervenir en favor de las empresas clientes para cubrir puestos vacantes de manera temporal o bien, necesidades transitorias que se presenten en la Empresa Usuaria.

3.2.2. Naturaleza Jurídica:

La Organización Internacional de Trabajo, califica a las Empresas de Trabajo Temporal como una modalidad de Agencia de Empleo Privada. El artículo primero del Convenio 181 dispone que para sus efectos, *la “expresión agencia de empleo privada designa a toda persona física o jurídica, independiente de las autoridades públicas, que presta uno o más de los servicios siguientes en relación con el mercado de trabajo:*

a) servicios destinados a vincular ofertas y demandas de empleo, sin que la agencia de empleo privada pase a ser parte en las relaciones laborales que pudieran derivarse;

b) servicios consistentes en emplear trabajadores con el fin de ponerlos a disposición de una tercera persona, física o jurídica (en adelante "Empresa Usuaria"), que determine sus tareas y supervise su ejecución;

c) otros servicios relacionados con la búsqueda de empleo, determinados por la autoridad competente, previa consulta con las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores, como brindar información, sin estar por ello destinados a vincular una oferta y una demanda específicas."

Según el Convenio 181, las Empresas de Trabajo Temporal son aquellas agencias privadas de empleo que se dedican a la actividad que enumera el inciso b) de la norma transcrita, esto es: "brindar servicios que consisten en emplear trabajadores con el fin de ponerlos a disposición de una tercera persona, física o jurídica (en adelante "Empresa Usuaria"), que determine sus tareas y supervise su ejecución"

La categorización que la OIT (1994: 11) hace de las Empresas de Trabajo Temporal, nos permite decir que comparten naturaleza jurídica con las agencias privadas de empleo, pues se trata de:

(...) empresas de servicio, de derecho privado, que mediante contrato y a cambio de una contraprestación financiera (una retribución o una subvención), se comprometen a intervenir en favor de las personas o las empresas clientes, sea para facilitar o acelerar el acceso al empleo o el desenvolvimiento de una carrera profesional, sea para cubrir algún puesto vacante.

La actividad que realizan las Empresas de Trabajo Temporal se rige por el derecho privado. Son personas jurídicas, de capital privado que realizan una actividad con fines de lucro, condición esta última que las diferencia de las Agencias de Colocación fin fines de lucro, y a la vez las excluye de los sistemas de servicio de empleo público.

Por su condición de sujetos de derecho privado, como cualquier empresa, las Empresas de Trabajo Temporal pueden asumir cualquier figura propia de las sociedades mercantiles.

La OIT (1997:53) reconoce al menos cinco regímenes jurídicos bajo los cuales pueden estar sometidas las agencias privadas de empleo: a) El régimen de derecho común: aquí basta con que la empresa se inscriba en el registro mercantil. b) El régimen de agencia registrada: La agencia debe inscribirse ante la administración del trabajo. c) El régimen de agencia autorizada: La autoridad administrativa competente otorga a la agencia privada de empleo una autorización para su funcionamiento, la cual debe ser renovada periódicamente. d) Régimen de agencia concesionaria: Este sistema es el que se utiliza en los países donde existe monopolio de los servicios de colocación, y consiste en que la autoridad administrativa concede el servicio público de intermediación a la agencia privada. E) Régimen de agencia vinculada por un convenio: Bajo esta modalidad, la autoridad pública se asocia a la agencia privada para realizar los servicios de colocación de manera conjunta.

En América latina el sistema más frecuentemente utilizado es el de agencia registrada. Bajo este sistema se regula el funcionamiento de agencias privadas de empleo (entre ellas las ETT) en países como Brasil, Argentina, Colombia, Chile y Uruguay.

3.2.3. Las diferencia ente las Empresas de Trabajo Temporal y otras figuras afines.

Las Empresas de Trabajo Temporal tienen una cercanía con otras figuras con las cuales se les suele confundir. El mismo lenguaje utilizado en la doctrina propicia esa confusión, de ahí la importancia de apuntar las diferencias existentes.

(i) Agencia retribuida de Colocación:

La figura con la que más se suele confundir a las Empresas de Trabajo Temporal es con las agencias retribuidas de colocación.

El convenio número 96 (1949) de la Organización Internacional de Trabajo relativo a las Agencias Retribuidas de Colocación, las define como “toda persona, sociedad, institución, oficina u otra organización que sirva de intermediario para procurar un empleo a un trabajador o un trabajador a un

empleador, con objeto de obtener de uno u otro un beneficio material directo o indirecto”.

En estricto sentido, la diferencia entre una y otra no obedece a su naturaleza jurídica – ambas son agencias privadas de empleo- sino a la actividad que realizan.

La agencia retribuida de colocación tiene como finalidad vincular al trabajador (desocupado) con el empleador que lo requiere, sin que la agencia participe en la relación de empleo. Así lo dispone el Convenio 181 de la OIT que en su artículo primero establece que las agencias de colocación son aquellas dedicadas a los *“servicios destinados a vincular ofertas y demandas de empleo, sin que la agencia de empleo privada pase a ser parte en las relaciones laborales que pudieran derivarse.”*

El elemento que caracteriza a la agencia retribuida de colocación, y que a su vez la diferencia con la empresa de trabajo temporal, es que su función se agota con la intermediación pura y simple entre el oferente y el solicitante de empleo. Su intervención no crea ningún vínculo entre ella y el trabajador, el cual pasa a laborar directamente para el empresario que le contrata. Una vez consumada la contratación laboral, la función de la agencia retribuida de colocación termina.

Tal y como lo indica Ugarte Cataldo (2006: 5):

(....) si bien la agencia de empleo cumple un rol en el ámbito laboral, ello no se traduce en modo alguno en una figura de triangulación laboral, ya que como pone de manifiesto el Convenio de la OIT citado, el servicio se presta “sin que la agencia pase a ser parte en las relaciones laborales que pudieran derivarse”.

(ii) Empresas Proveedoras de Servicios.

Este tipo de empresas, por cierto muy difundidas en nuestro país, son aquellas que se dedican a la prestación de servicios que para la empresa principal resultan de carácter secundario, pues no forman parte indispensable

de su actividad principal. Por lo general son servicios tales como seguridad, limpieza, mantenimiento de equipo, distribución de productos, entre otros.

Entre la empresa auxiliar y la Empresa Usuaria se establece una relación contractual de carácter mercantil. En este tipo de contrato, no existe un suministro de mano de obra, sino la contratación pura y simple para la ejecución de una obra o la prestación de un servicio.

Dentro del proceso de descentralización empresarial, las funciones que realiza la empresa que provee el servicio (denominada empresa auxiliar), corresponden en la mayoría de los casos a funciones que originalmente eran desempeñadas por la propia Empresa Usuaria. La doctrina identifica esta modalidad contractual dentro del fenómeno de “externalización de operaciones”, como un tipo de subcontratación.

Jorge Rosenbaum y Alejandro Castello (2008:133) señalan que:

(...) cuando se trata de auténtica externalización de operaciones, buena parte de las legislaciones mantienen las relaciones jurídicas de la subcontratación en el ámbito de las obligaciones civiles y comerciales y no se examinan desde el punto de vista del Derecho Laboral, ya que no se cumple el presupuesto socioeconómico indispensable para que se aplique el derecho del trabajo: las tareas que realizan los trabajadores de la empresa proveedora o auxiliar no se ejecutan en condiciones semejantes a las de una relación de trabajo subordinada.

Por lo tanto, a diferencia de lo que sucede con el suministro de mano de obra, la contratación de una empresa de servicios auxiliares, no genera una relación triangular, por cuanto los trabajadores son dependientes en todo sentido de la empresa auxiliar, y no tienen ningún tipo de relación con la Empresa Usuaria.

(iii) Contratos Ocasionales y de Temporada:

Dado que el suministro de mano de obra a través de Empresas de Trabajo Temporal, es utilizado muchas veces por las empresas para atender tareas ocasionales o en ciertas temporadas, es común encontrar en la doctrina

una equiparación ente este tipo de contrato de suministro y los contratos de trabajo ocasionales o de temporada.

La equiparación del contrato de suministro de mano de obra a través de una empresa de trabajo temporal, y el contrato de trabajo ocasional o de temporada es errónea. Mientras que el primer se celebra entre dos empresas, en las otras dos modalidades contractuales, el contrato se da entre una persona física y una empresa, es decir, entre un trabajador y un patrono.

Los contratos ocasionales responden a la necesidad de atender necesidades emergentes o extraordinarias en la empresa, cuya duración es de tiempo limitado.

Los contratos de temporada, son contratos muy utilizados en la agricultura, ya que tienen como objeto realizar trabajos cíclicos o periódicos, en razón de la naturaleza discontinua de los ciclos de producción.

En nuestro medio, a diferencia de lo que sucede con el contrato de suministro de mano de obra que carece totalmente de regulación, los contratos ocasionales o de temporada sí son reconocidos en nuestro Código de Trabajo, y bajo el tratamiento que se les asigna a los contratos por tiempo determinado, tienen reglas específicas en cuanto a la forma (artículo 22 inciso c); el tiempo de duración (artículo 27), e indemnización por incumplimiento (artículo 31).

3.2.4. El funcionamiento de las Empresas de Trabajo Temporal:

(i) La Autorización administrativa:

Al referirnos anteriormente a la naturaleza jurídica de las Empresas de Trabajo Temporal, vimos que existen varios regímenes jurídicos bajo los cuales las agencias privadas de empleo pueden estar sometidas para control de su funcionamiento.

Con la excepción del Régimen de Derecho Común, utilizado en algunos países como en los Estados Unidos de Norte América, Dinamarca o Suecia, donde las Empresas de Trabajo Temporal no requieren autorización previa para su funcionamiento, en la mayoría de legislaciones se exige a las

Empresas de Trabajo Temporal la autorización por parte de autoridad administrativa competente para poder operar.

El convenio número 181 de la OIT, marco normativo internacional que regula el funcionamiento de las Empresas de Trabajo Temporal, dispone en su artículo tercero, párrafo segundo, que todos los países signatarios del convenio, deberán determinar, mediante un sistema de licencias o autorizaciones, las condiciones por las que se rige el funcionamiento de las agencias de empleo privadas.

La autorización administrativa para el funcionamiento de las Empresas de Trabajo Temporal es el instrumento que determina la licitud de la cesión de trabajadores. Fuera de los supuestos autorizados a la Empresa de Trabajo Temporal, en todos los demás casos la cesión de trabajadores es absolutamente prohibida y sancionada como práctica ilegal.

La exigencia de autorización administrativa previa para la legalización del funcionamiento de las Empresas de Trabajo Temporal, tiene entre sus finalidades, proteger y tutelar los derechos de los trabajadores y evitar el fraude de ley.

Generalmente, la autorización administrativa se gestiona a través de un sistema de registro ante el cual la ETT debe inscribirse para obtener la licencia de funcionamiento, y para ello debe cumplir con una serie de requisitos legales y normas reglamentarias que regulan toda su actuación y las condiciones en las que les es permitido prestar los servicios de trabajo temporal a través del contrato de puesta a disposición.

La habilitación administrativa es entonces un requisito indispensable para que la Empresa de Trabajo Temporal pueda funcionar, al punto que algunas legislaciones como la argentina, establecen que si la Empresa de Trabajo Temporal no está habilitada para funcionar, el trabajador será considerado como trabajador permanente de la Empresa Usuaria, la que a su vez es considerada responsable directa de la relación laboral.⁷

⁷ Ley número 24.013

(ii) La Temporalidad como presupuesto de legalidad:

La función típica de la Empresa de Trabajo Temporal consiste en cubrir de forma rápida y eficaz las necesidades de trabajo imprevistas o extraordinarias que se suscitan en la Empresa Usuaria.

Ermida Uriarte y Castello (2000:416), citan como ejemplo clásico, el de la sustitución, por pocos días, de una secretaria que se ausenta imprevistamente. Así la característica esencial de la función ejercida por la ETT es la transitoriedad o temporalidad del trabajo realizado.

La mayoría de países han optado por regular expresamente en la ley, los casos en que se autoriza la utilización de los servicios de una E.T.T. y establecen listados taxativos de los supuestos válidos para que pueda considerarse lícita la cesión temporal del trabajador. Este es el sistema más frecuentemente utilizado en los países de la Unión Europea.

Un caso particular es el de Italia. La ley italiana que regula el funcionamiento de las Empresas de Trabajo Temporal, permite la regulación de los servicios de suministro de mano de obra sean determinados mediante la negociación colectiva sectorial con los sindicatos más representativos⁸

La ley española sobre las Empresas de Trabajo Temporal (ley 11/1994), en su artículo 6.2. a) señala que “podrán celebrarse contratos de puesta a disposición cuando se trate de satisfacer necesidades temporales de la Empresa Usuaria “para la realización de una obra o servicio determinado cuya ejecución aunque limitada en el tiempo es, en principio, de duración incierta”.

En igual sentido, el Decreto Número 342/92 de la legislación argentina, define a la empresa de trabajo temporal, como:

(...) la entidad que, constituida como persona jurídica, tenga por objeto exclusivo poner a disposición de terceras personas –en adelante usuarias- a personal industrial, administrativo, técnico o profesional, para cumplir, en forma temporaria, servicios extraordinarios de terminados de antemano o exigencias

⁸Ley italiana de 12 de marzo de 1997, Sobre las Empresas de Trabajo Temporal.

extraordinarias y transitorias de la empresa, explotación o establecimiento, toda vez que no pueda preverse un plazo cierto de finalización del contrato.

En el Uruguay, la ley Número 18.251, al definir la Empresa Suministradora de Mano de Obra, hace referencia expresa a que su actividad debe limitarse a cubrir necesidades de empleo que sean transitorias, ocasionales, temporarias o eventuales.

Otras legislaciones como la chilena, contemplan la posibilidad de que las empresas de Servicios Transitorios realicen también tareas de selección, capacitación y formación de trabajadores. El artículo 183 del Código de Trabajo chileno, dispone que la Empresa de Servicios Transitorios es:

toda persona jurídica, inscrita en el registro respectivo, que tenga por objeto social exclusivo poner a disposición de terceros denominados para estos efectos empresas usuarias, trabajadores para cumplir en estas últimas, tareas de carácter transitorio u ocasional, como asimismo la selección, capacitación y formación de trabajadores, así como otras actividades afines en el ámbito de los recursos humanos.

Aún con variantes como la que ofrece la legislación chilena, donde a la Empresa de Trabajo Temporal se le permite la realización de tareas más propias de una Agencia de Colocación, la temporalidad es el elemento objetivo determinante de la licitud de la cesión de trabajadores.

Por su parte, la Ley Orgánica de Trabajo de Venezuela, mediante su Reglamento (Decreto Número 3.235, del veinte de enero de 1999), establece de acuerdo al artículo 26, que la contratación de trabajadores por medio de una Empresa de Trabajo Temporal, será permitido, únicamente para: a) la realización de una obra o prestación de un servicio cuya ejecución, aunque limitada en el tiempo, fuese en principio de duración incierta; b) atender las exigencias circunstanciales del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos, por un periodo que no excederá de tres (3) meses y c) sustituir trabajadores en suspensión de su relación de trabajo.

En general, al igual que las disposiciones legales citadas, la doctrina plantea unánimemente que la actividad realizada por la ETT supone necesariamente, en todos los casos, que la puesta a disposición del trabajador a la Empresa Usuaria sea de carácter transitorio, y la exigencia expresa del elemento objetivo de la temporalidad en los contratos de puesta a disposición funciona con un valladar para evitar el uso de las Empresas de Trabajo Temporal en actividades que constituyen supuestos fraudulentos de utilización de este tipo de contratos.

El autor uruguayo E. Ameglio, citado por José Luis Ugarte Cataldo (2006:4), refiriéndose a las Empresas de Trabajo Temporal señala que:

(...)sólo es posible concebir esta figura con relación a la mano de obra temporal. Cualquier otra forma de contratación pura y simple de mano de obra, a nuestro juicio, queda alcanzada por la figura del intermediario (único empleador) en la medida en que el contrato no tiene otro objeto que suministrar trabajadores a una Empresa Usuaria.

La “temporalidad” como elemento *sine cuanon* del contrato de suministro de mano de obra a través de la empresa de trabajo temporal, funciona como mecanismo para evadir la legislación laboral, pues una de las críticas más recurrentes contra el suministro de mano de obra, es que esta figura es utilizada por las empresas con fines fraudulentos, buscando con ella encubrir la contratación de trabajadores para realizar tareas del giro normal de la empresa por largos periodos de tiempo.

Como lo indica Arturo Bronstein (1991: 493):

(...) el fin perseguido es evitar que este (trabajo temporal) se limite a una función de complemento del empleo estable y no de competencia, ya que, a pesar de la expansión del empleo atípico, el trabajo permanente sigue siendo la forma de empleo privilegiada por la legislación laboral.

(iii) Supuestos en los que se prohíbe la celebración del contrato de puesta a disposición.

Complementariamente a la exigencia de la temporalidad como supuesto de licitud del contrato de puesta a disposición, la doctrina se refiere a una serie de supuestos en los que se prohíbe la celebración de contratos de puesta a disposición por medio de Empresas de Trabajo Temporal. Los más importantes son:

(a) El esquirolaje:

Se prohíbe la celebración de contratos de puesta a disposición cuando la finalidad que se persigue es sustituir a trabajadores en huelga en la Empresa Usuaria. La prohibición en este caso, viene justificada desde la perspectiva teleológica del Derecho Laboral, que prohíbe el esquirolaje en todos los casos, como forma de atentar contra el derecho al ejercicio de la huelga, tal y como se prohíbe también el contratar directamente a trabajadores interinos con el fin de suplantar a los huelguistas.

Para la doctrina laboral, el tema central en estos casos es la protección de la eficacia del ejercicio legítimo del derecho de huelga.

(b) Sustitución de puestos de trabajo permanentes:

Con esta prohibición se busca evitar el uso abusivo de las Empresas de Trabajo Temporal. Se establece como un tipo de garantía que busca resguardar el trabajo estable y permanente, y a su vez evitar que se desvirtúe la función lícita que debe cumplir la Empresa de Trabajo Temporal, que es cubrir puestos de trabajo de naturaleza temporal y no indefinida.

La ley española (ley 11/1994), recoge esta prohibición de manera clara en su artículo 8.c) que establece que no se podrán celebrar contratos de puesta a disposición “cuando en los doce meses inmediatamente anteriores a la contratación la empresa haya amortizado los puestos de trabajo que se pretendan cubrir por despido improcedente o por las causas previstas en los artículos 50, 51 y 52, apartado c) del E.T., excepto en los supuestos de fuerza mayor”.

Como se puede observar, en este caso, la prohibición se encuentra limitada a un periodo de doce meses, vencido el cual, la Empresa Usuaria podrá echar mano del contrato de puesta a disposición para cubrir puestos vacantes.

(c) Realización de actividades peligrosas e insalubres.

Esta prohibición se encuentra justificada por los altos índices de siniestralidad laboral que suelen presentarse en el trabajo de naturaleza temporal. Factores tales como el desconocimiento y la falta de experiencia de los trabajadores contratados a través de Empresas de Trabajo Temporal y la poca adaptación que estos tienen en la Empresa Usuaria, aumentan los accidentes de trabajo.

3.2.5. Los vínculos de la Empresa de Trabajo Temporal:

(i) Relación Empresa de Trabajo Temporal- Empresa Usuaria:

La relación entre la ETT y la EU se materializa y regula a través del contrato de suministro de mano de obra, mediante el cual se formaliza la puesta a disposición del trabajador cedido por la Empresa de Trabajo Temporal a la Empresa Usuaria. Tiene como objeto mismo la cesión del trabajador contratado por la Empresa de Trabajo Temporal para que preste servicios en la Empresa Usuaria.

Todas las legislaciones exigen para su celebración, la formalidad escrita como garantía de seguridad jurídica y control público, requisito este que va muy de la mano con el registro y autorización administrativa de la hicimos referencia antes.

Por la naturaleza jurídica que se le da a la cesión de trabajadores, este contrato es de tiempo definido, y deberá tener como causa que lo fundamente, la satisfacción de las necesidades transitorias de mano de obra que tenga la Empresa Usuaria.

Es precisamente por la condición de “temporalidad” que debe tener el contrato de suministro de mano de obra a través de la Empresa de Trabajo

Temporal, que la mayor parte de la doctrina se inclina a censurar la renovación del mismo, pues muchas veces la continuidad de los servicios implica la continuación de la vinculación jurídica con suministradora, provocando que el trabajador temporal se transforme en un trabajador permanente de la Empresa Usuaria, con lo cual surge un uso fraudulento de la figura contractual.

Para evitar el uso fraudulento del contrato de suministro de mano de obra, algunas legislaciones establecen que en caso de que el trabajador temporal sea preste servicios varias veces seguidas a la misma Empresa Usuaria superando con ello el plazo del contrato originalmente pactado, se tendrá como una relación laboral continúa y directa entre el trabajador y la Empresa Usuaria.

Así lo dispone por ejemplo la Ley Federal de Trabajo de Brasil, número 6.019 de 1974, cuyo artículo 11 establece que el contrato de trabajo entre la ETT y el trabajador eventual debe ser formulado por escrito y no puede tener una duración mayor a tres meses en relación con la empresa tomadora de servicios, y que el rompimiento de dicho plazo trae como consecuencia que la relación jurídica se entienda formalizada con la empresa tomadora de los servicios.

(ii) Relación Empresa de Trabajo Temporal- Trabajador:

Entre la Empresa de Trabajo Temporal y el trabajador, existe una relación de trabajo que se articula mediante un contrato de naturaleza laboral.

El contrato de trabajo celebrado entre la Empresa de Trabajo Temporal y el trabajador, para prestar servicios en empresas usuarias puede concertarse por tiempo determinado o duración definida, coincidente con la del contrato de puesta de suministro de mano de obra, o bien por tiempo indefinido.

En el primer caso existe una identidad entre el contrato laboral y el contrato de suministro de mano de obra, que viene dada por la duración de ambos. El vencimiento del contrato de suministro de mano de obra celebrado entre la Empresa de Trabajo Temporal y la Empresa Usuaria acarrea infaliblemente el vencimiento del contrato de trabajo existente entre el trabajador y la Empresa de Trabajo Temporal.

En el segundo caso, la Empresa de Trabajo Temporal mantendrá con el trabajador contratado una relación laboral que se extiende de forma indefinida de manera que la Empresa de Trabajo Temporal podrá utilizar al trabajador para suministrarlo a las empresas usuarias en reiteradas ocasiones.

Debe quedar claro, que la continuidad de la relación por tiempo indefinido se da únicamente entre la Empresa de Trabajo Temporal y el trabajador, y no entre este y la Empresa Usuaria, pues de suceder esto último, estaríamos en presencia de una situación fraudulenta que viciaría de nulidad el contrato de suministro de mano de obra, cuya naturaleza en todos los casos es de tiempo definido, dada la temporalidad de los servicios contratados.

(iii) Relación Trabajador- Empresa Usuaria:

Ya hemos dicho que entre el trabajador y la Empresa Usuaria se establece una relación de trabajo material que sin embargo, desde la perspectiva del Derecho Laboral carece de toda connotación jurídica, pues la relación existente entre las partes no es el resultado de una contratación laboral directa, es decir, no existe entre Empresa Usuaria y trabajador ningún nexo causal que las determine como sujetos de una relación laboral típica.

Tal y como lo hemos expuesto, la Empresa Usuaria es aquélla que en virtud del contrato de suministro de mano de obra celebrado con la ETT utiliza temporalmente los trabajadores cedidos por ésta última, pero sin asumir ella de manera formal la condición de patrono.

Aún y cuando la Empresa Usuaria no asume el papel de empleador, que en todo caso le corresponde a la Empresa de Trabajo Temporal, lo cierto es que sí ejerce frente al trabajador una serie de facultades de dirección y mando ante las cuales el trabajador tiene un deber de obediencia pues se encuentra bajo una subordinación material frente a la Empresa Usuaria.

Por tratarse de un esquema de relación triangular, las facultades que la ley le otorga al empleador (ETT) sufren una escisión que permite el reparto y distribución entre la Empresa Usuaria y la Empresa de Trabajo Temporal. A la

primera de ellas le corresponden las facultades de dirección y mando; a la segunda, le quedan reservadas las potestades disciplinarias.

José Luis Monereo Pérez y María Nieves Moreno Vida (2004: 53), señalan que la escisión a la que nos referimos:

(...) constituye un supuesto de fractura del tipo normal identificativo del empleador, ya que se trata de un supuesto donde no concurren todos los presupuestos del tipo laboral normal identificador, ya que en él no se puede identificar la condición de empresario-sujeto del contrato de trabajo con el receptor y organizador efectivo de la prestación laboral. Así, las relaciones triangulares que se establecen a través de las ETTs configuran una interposición legal en la figura del empleador, siendo así que la Empresa Usuaria utiliza, dirige y controla la actividad laboral (...) sin asumir la condición de parte del contrato de trabajo temporal, ya que las únicas partes de este contrato de trabajo son la ETT y el trabajador contratado precisamente para cederlo temporalmente a otro empresario (...) La ETT asume la condición de empresario y parte del contrato de trabajo temporal, pero sin asumir las facultades de dirección y control de la actividad laboral que serán ejercidas por la Empresa Usuaria durante el tiempo de prestación de servicios en su ámbito.

El fundamento jurídico de esta atribución de poderes y facultades, viene dado en el contrato mismo de puesta a disposición, mediante el cual la ETT no solamente cede el trabajador a la EU, sino que, también cede a favor de esta parte de sus potestades patronales, para que a través de ellas la EU pueda ejercer el control de las actividades que realiza el trabajador cedido.

La Empresa Usuaria queda facultada para ejercer, de manera transitoria y durante todo el tiempo que dure la ejecución del contrato de puesta a disposición, las facultades de dirección y control de la actividad laboral. De manera correlativa, el trabajador queda materialmente subordinado a este poder de dirección y mando. De ahí que entre la EU y el trabajador, surge una relación laboral de facto, más no jurídica, pues entre las partes se interpone la existencia de dos contratos (uno laboral y otro mercantil) que en el plano jurídico les hace figurar y comportarse como sujetos distantes, imposibilitando

así el nexo causal que permita la exigencia de derechos y obligaciones reciprocas, como sucede en la relación laboral clásica.

3.2.6. Los pro y los contra de las Empresa de Trabajo Temporal.

Las Empresas de Trabajo Temporal suscitan enorme controversia en torno a sus ventajas o desventajas. Arturo Bronstein (1991:487) señala que:

(...) el trabajo temporal parece contar con tantos partidarios entusiastas como detractores encarnizados, y ciertamente, unos y otros aducen argumentos defendibles”

El informe IV (OIT, 1997:40) sobre la revisión del Convenio sobre las agencias retribuidas de colocación (revisado) 1949, conocido en la Conferencia Internacional del trabajo en su 85° reunión, señala que:

(...) los defensores de la AEP “[dentro de las cuales considera a la Empresas de Trabajo Temporal] no están desprovistos de argumentos. El Mercado ha dado la razón a estas agencias, como lo demuestra el número cada vez mayor de países que modifican su legislación para darles cabida” y agrega que “La oposición de organizaciones sindicales no es unánime. Algunas han firmado convenios colectivos con estas agencias, en particular con las ETT”

Desde la perspectiva de las políticas de empleo y el funcionamiento del mercado de trabajo, el informe citado establece como una ventaja atribuible a las Empresas de Trabajo Temporal:

(...) el forjar un camino entre el desempleo y el empleo permanente, contribuyendo, especialmente por medio de la asignación de tareas de carácter temporal, a una incorporación gradual de los solicitantes de empleo al mercado de trabajo (en particular los que ingresan en él por primera vez y los que se reincorpora) (OIT, 1997:41)

Desde la perspectiva empresarial, la ventaja más reconocida a las Empresas de Trabajo Temporal es el permitirle a la Empresa Usuaria un manejo más flexible de su planilla y con ello reducción de costos de operación.

Bronstein (1991:491) indica que las empresas aducen diferentes razones por las que recurren a las Empresas de Trabajo Temporal:

Las más corrientes son la necesidad de sustituir trabajadores permanentes que se hallan ausentes (sobre todo es para relevo de trabajadoras que disfrutan de licencia por maternidad), la ejecución de tareas ocasionales o de trabajos que requieren una cierta competencia técnica de la que el usuario no dispone, y las “crestas” de actividad, estacional o coyuntural. A menudo, las empresas usuarias reconocen también que acuden a una ETT para que esta les facilite un trabajador con miras a cubrir, llegado el caso, un puesto permanente que ha quedado vacante”

En consecuencia se puede decir que una de las ventajas que ofrece la Empresa de Trabajo Temporal a la Empresa Usuaria a través del suministro de mano de obra temporal, radica en la facilidad que le brinda a esta última para cubrir una necesidad transitoria sin necesidad de asumir el costo propio que conlleva la contratación de un trabajador permanente.

Otra ventaja que se suele reconocer a las Empresas de Trabajo Temporal, esta vez a favor del trabajador, consiste en lo que José Luis Ugarte Cataldo (2006) denomina “efecto permanencia”, esto es, la probabilidad que tiene el trabajador temporal de permanecer laborando indefinidamente como trabajador de la Empresa Usuaria una vez haya concluido la misión para la cual fue originalmente contratado por la empresa de trabajo temporal. Señala este autor (2006:28), que en estos casos se habla de un periodo de “pre-contratación” donde la Empresa de Trabajo Temporal proporciona a la Empresa Usuaria un servicio de selección y capacitación de personal.

En cuanto a los inconvenientes que presentan las Empresas de Trabajo Temporal, la opinión generalizada acusa como mal mayor el efecto “precarizante” de la calidad del empleo, que en términos generales se traduce en estándares laborales de menor grado de protección para los trabajadores temporales, principalmente los relativos a la estabilidad laboral y el trato desigual en materia salarial.

Según lo indica Eduardo Ameglio (1999:48), en un estudio comparado de la regulación de las Empresas de Trabajo Temporal en Argentina, Colombia y Uruguay:

(...) el análisis de los diversos ordenamientos jurídicos, indica que, en general, el trabajador temporario no goza del mismo nivel de protección laboral y de seguridad social que el trabajador permanente o estable.

Los cuestionamientos que se le hacen a las Empresas de Trabajo Temporal no se agotan en el plano del derecho individual del trabajo. Desde la perspectiva del derecho laboral colectivo, la doctrina señala que este tipo de empresas limitan seriamente la acción de los sindicatos e introducen obstáculos al derecho de negociación colectiva.

En esta línea crítica, Ugarte Cataldo (2006:28) señala que a través del trabajo temporal “se puede generar una restricción de derechos laborales para los trabajadores temporales frente a la Empresa Usuaria, especialmente la posibilidad de negar a dichos trabajadores que formen parte de sindicatos y de negociaciones colectivas.”

Es lógico pensar que la poca estabilidad que ofrece el empleo temporal, y la rotación constante a que son sometidos los trabajadores contratados por Empresas de Trabajo Temporal, constituyan condiciones adversas para el ejercicio de los derechos colectivos.

En suma, las Empresas de Trabajo Temporal ofrecen la doble cara de la moneda: por un lado facilitan a las empresas usuarias contar con un recurso de mano de obra para atender de forma ágil y oportuna necesidades transitorias que se les presentan, y con ello, promueven a la vez oportunidades de empleo para que los trabajadores se puedan insertar en el mercado de trabajo, y por el otro, son vistas como un instrumento de flexibilidad laboral que promueve la precarización del empleo de calidad y limitan el ejercicio de la libertad sindical.

CAPITULO CUARTO

Las Empresas de Trabajo Temporal en Costa Rica.

4.1. Aspectos Generales:

El contrato de suministro de mano de obra es una figura totalmente extraña para la legislación laboral costarricense. Nuestro Código de Trabajo que data de 1943 no contempla regulación alguna sobre esta modalidad contractual.

Mucho menos existe en el país ley especial que regule el funcionamiento de las Empresas de Trabajo Temporal. Aún así, la falta de regulación especial no ha sido óbice para que estas empresas operen en el país. Por el contrario, existen varias de ellas, incluyendo trasnacionales como Adecco, Man Power, DTS y Price Water House, dedicadas a prestar servicios de intermediación laboral, incluyendo el suministro de mano de obra temporal.

La investigación de campo que realizamos con el fin de obtener datos concretos para este estudio⁹, evidencia que dichas agencias de empleo privadas cuentan con una demanda importante de servicios de intermediación en el mercado de trabajo costarricense. A modo de ejemplo, solo la empresa ADECCO cuenta con una planilla de trescientos trabajadores temporales para satisfacer los servicios de suministro de mano de obra que le son requeridos por las empresas clientes.

Un tanto similar sucede con CYPROSA, empresa de capital nacional que se dedica a la selección de personal y al suministro de mano de obra, para lo cual maneja un total de trescientos cincuenta trabajadores temporales. Man Power, registró el año pasado (2008) más de ocho mil contrataciones para todos sus servicios, incluyendo el suministro de mano de obra.

De los datos obtenidos en la investigación de campo, se desprende que las empresas usuarias que más demandan los servicios de suministro de

⁹La investigación se realizó con el método de entrevista. Fueron elegidas tres empresas: ADECCO, MAN POWER y CYPROSA. Las entrevistas se hicieron con base en cuestionarios previamente diseñados.

mano de obra, son transnacionales, la mayoría de ellas ubicadas en las zonas francas.

La intervención de las Empresas de Trabajo Temporal no se limita al sector privado de la producción. En el sector público, existen empresas que acuden a la contratación de servicios de suministro de mano de obra. El caso más conocido es el del Instituto Costarricense de Electricidad que recurrentemente utiliza mano de obra externa bajo la modalidad de contratación temporal para atender necesidades propias de su actividad.¹⁰ En este sector también servicios de asistencia como el 911 utilizan la contratación de suministro de mano de obra temporal.¹¹

La falta de regulación hace que la actividad de suministro de mano de obra que ofrecen las Empresas de Trabajo Temporal, transcurra dentro de los márgenes de un limbo jurídico. Bien puede afirmarse, que en Costa Rica, las Empresas de Trabajo Temporal transitan por la confusa frontera entre lo ilegal y lo no prohibido.

¿Cuál es entonces el estatus legal que tienen las Empresas de Trabajo Temporal en Costa Rica?

De seguido pasaremos a explicar las notas características del marco normativo al que se enfrentan las Empresas de Trabajo Temporal que operan en el mercado costarricense.

4.2. Las ETT en la legislación costarricense:

Costa Rica ratificó el Convenio número 96 relativo a las agencias retribuidas de colocación (1949) acogándose a las disposiciones de la parte II, que establece la supresión progresiva de las agencias retribuidas con fines de lucro.

¹⁰El único antecedente jurisprudencial que conocemos sobre Empresas de Trabajo Temporal, se refiere a un caso de una trabajadora de una Empresa de Trabajo Temporal que suministra mano de obra al Instituto Costarricense de Electricidad. Nos referimos a la sentencia de la Sala Segunda número 2004-830 de las nueve horas treinta y cinco minutos del primero de octubre del dos mil cuatro

¹¹El 911 es una entidad pública con personería jurídica propia. En la actualidad tiene contratados a más de cien trabajadores temporales que son suministrados por la empresa Radio Mensajes de Costa Rica.

En concordancia con las disposiciones del citado convenio, la Ley Orgánica del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, pone en manos de la Oficina de Empleo del Ministerio, el control y funcionamiento de las agencias privadas de colocación que la ley permita (inciso 3) artículo 75)¹², y prohíbe el funcionamiento de agencias pagadas de colocación así como las actividades de intermediarios (artículo 80).¹³

Aún y cuando no existe norma expresa que determine cuáles son las agencias privadas de colocación permitidas por ley, ni cómo pueden funcionar, es lógico pensar que el inciso tercero del artículo 75 de la Ley Orgánica del Ministerio de Trabajo, se refiere a las agencias de colocación sin fines de lucro, entendidas estas como “los servicios de colocación de las Sociedades, Instituciones, Agencias u otras organizaciones que, sin buscar un beneficio material, perciban del empleador o del trabajador, por dichos servicios, un derecho de entrada, una cotización o una remuneración cualquiera” tal y como las define el inciso b) del artículo primero del Convenio número 96 de la OIT.

La interpretación que hacemos del artículo 75 de la Ley Orgánica del Ministerio de Trabajo, encuentra sustento en el propio Convenio 96 de la OIT, cuyo apartado II que lleva por título “*Supresión Progresiva de las Agencias retribuidas de colocación con Fines Lucrativos y Reglamentación de las Demás Agencias de colocación*”, el cual establece la prohibición absoluta para el funcionamiento de las agencias retribuidas de colocación con fines de lucro (artículo tercero)¹⁴, en tanto el artículo 6 autoriza el funcionamiento de las

¹²La norma citada señala: Artículo 75.-Corresponde a esta Oficina realizar las siguientes actividades: (...)Tercero: Controlar el funcionamiento de las agencias privadas de colocación que la ley permita; y

¹³ Artículo 80.-Queda prohibido el funcionamiento de agencias pagadas de colocación; así como las actividades de intermediarios; sin embargo, las empresas pueden elegir libremente entre los trabajadores inscritos en esta Oficina o contratar directamente los servicios de personas no inscritas.

¹⁴El artículo tercero del Convenio 96 dispone: “*Artículo 3: Las agencias retribuidas de colocación con fines lucrativos, comprendidas en el párrafo 1, a), del artículo 1, deberán suprimirse dentro de un plazo limitado, cuya duración se especificará por la autoridad competente.*”

agencias de colocación sin fines de lucro. Este último artículo señala que “*las agencias retribuidas de colocación sin fines lucrativos comprendidas en el párrafo 1, b), del artículo 1: a) deberán poseer una autorización de la autoridad competente y estarán sujetas a la vigilancia de dicha autoridad; b) no podrán percibir una retribución superior a la tarifa que haya sido sometida a la autoridad competente y aprobada por la misma o que haya sido fijada por dicha autoridad, habida cuenta estrictamente de los gastos ocasionados; y c) no podrán colocar o reclutar trabajadores en el extranjero sino de acuerdo con las condiciones fijadas por la legislación vigente y si la autoridad competente lo autoriza.*”

De acuerdo a las disposiciones del convenio según la cita hecha, es claro que mientras las agencias retribuidas de colocación con fines de lucro están prohibidas, las que no tengan fines de lucro pueden funcionar siempre y cuando cuenten con la autorización para ello. A estas últimas es a las que se refiere el párrafo tercero del artículo 75 de la Ley Orgánica del Ministerio de Trabajo.

De acuerdo al marco normativo que nos da el convenio número 96 de la OIT y la Ley Orgánica del Ministerio de Trabajo, no cabe duda entonces de que en el país existe un régimen de prohibición absoluta para que operen agencias retribuidas de colocación.

Cabe preguntarse, llegado este momento, si la prohibición expuesta alcanza o no a las Empresas de Trabajo Temporal.

Sustentados en el Convenio número 96 de la OIT y la Ley Orgánica del Ministerio de Trabajo, somos del criterio de que efectivamente en Costa Rica el funcionamiento de las Empresas de Trabajo Temporal está vedado. Son agencias privadas de empleo con fines de lucro, que se dedican a realizar intermediación laboral a través del suministro de mano de obra temporal.

Con una tesis contraria, la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, ha vertido criterio a favor del funcionamiento de las Empresas de Trabajo Temporal en el país, sin necesidad de una ley que lo autorice. El

Tribunal, mediante la sentencia número 2004- 00830 consideró que a este tipo de empresas no le son aplicables las disposiciones del Convenio número 96 de la OIT, y en consecuencia, no existe norma alguna que prohíba su funcionamiento.

Pese a que el referido criterio de la Sala Segunda no constituye una tesis de jurisprudencia, por cuanto se trata de un antecedente judicial único, hay que advertir que su contenido amerita un cuidadoso análisis sobre la propuesta medular que ofrece la sentencia, ya que con ella los Magistrados dejaron abierto un peligroso sendero a través del cual las Empresas de Trabajo Temporal pueden operar por la libre, sin más control que el que dispone la legislación laboral ordinaria.

Si bien podría decirse que nuestro Código de Trabajo contiene normas que regulan el trabajo temporal, es fácilmente constatable que las mismas están pensadas para regular la relación laboral acordada entre un trabajador y un patrono para atender actividades accidentales o estacionales, más no para regular el contrato de suministro de mano de obra temporal. Se trata de normas que regulan el trabajo temporario a través del contrato por tiempo determinado, en el sentido que lo establece el 26 del Código de Trabajo, cuyo tenor dispone que *“El contrato de trabajo sólo podrá estipularse por tiempo determinando en aquellos casos en que su celebración resulte de la naturaleza del servicio que se va a prestar.”*

Efectivamente el contrato por tiempo determinado y el contrato de suministro de mano de obra que utilizan las Empresas de Trabajo Temporal, son modalidades contractuales de muy diversa naturaleza jurídica. Mientras que el primero es un contrato laboral pensado para regular una relación típica de empleo, el segundo es un contrato de naturaleza mercantil celebrado entre ETT y la Usuaría, mediante el cual se regulan las condiciones en que se realiza la cesión temporal del trabajador, pero que no guarda ninguna relación con el paradigma clásico de la relación de trabajo – quien contrata es al mismo tiempo quien dirige el trabajo-.

Por otro lado, aún y cuando la doctrina cataloga la actividad de las Empresas de Trabajo Temporal como una modalidad de intermediación laboral, hay que advertir que no se trata de sujetos intermediarios en el sentido que se expresa el artículo tercero de nuestro Código de Trabajo.

En efecto, el artículo tercero del Código de Trabajo tan solo se refiere a la intermediación clásica, es decir, la que consiste en la intervención de un tercero que contrata a un trabajador para que realice un trabajo a favor de un patrono. La norma citada define al intermediario como: *“toda persona que contrata los servicios de otra u otras para que ejecuten algún trabajo en beneficio de un patrono.”*

Se trata de la única norma que contiene el Código de Trabajo referente a la intermediación laboral.¹⁵ Su aplicación ha sido de enorme utilidad a los tribunales de trabajo a la hora de resolver casos donde se discute sobre la identidad del patrono y el problema de la responsabilidad laboral entre dos o más empresarios.

Aún así, el contenido del artículo tercero del Código de Trabajo no es lo suficientemente amplio para regular de forma adecuada las modalidades de intermediación laboral compleja como la que ocurre con el suministro de mano de obra a través de Empresas de Trabajo Temporal. En este sentido, debe recalcar que mientras en la intermediación clásica, el intermediario se limita a contratar al trabajador para que ejecute un trabajo en beneficio de un patrono (párrafo primero del artículo 3 del Código de Trabajo), en la intermediación compleja se constituye una relación triangular, en la cual el intermediario se ubica en un vértice desde el cual juega un doble rol; por un lado funge como patrono frente trabajador y por otro lado, actúa como contratista suministrador de mano de obra frente a la Empresa Usuaria.

¹⁵También puede decirse que el párrafo segundo del artículo 3 del Código de Trabajo, se refiere a la figura de la subcontratación laboral, cuando indica que: “Serán considerados como patronos de quienes trabajen -y no como intermediarios- los que se encarguen, por contrato, de trabajos que ejecuten con capitales propios.”

Mario Pasco Cosmópolis (2006: 170), refiriéndose a las características de la intermediación laboral compleja señala que en la relación triangular entre contratante (Empresa Usuaria), contratista (intermediario) y contratado (trabajador), normalmente, el vínculo no acaba en el acto de la colocación, sino que “El usuario compra además de la oportunidad del encuentro con el contratado la administración, por parte del contratista, de la relación laboral.”

En la relación triangular, señala Cosmópolis (2006:170):

El colocador se ubica en el medio de la relación, haciendo de suministrador de mano de obra frente al contratante y de empleador frente al trabajador. El colocador fija y paga las remuneraciones; paga las horas extraordinarias, las cotizaciones previsionales, las indemnizaciones por fin de contrato y el seguro contra riesgos de accidentes y enfermedades laborales. El área de relación entre el contratante y el contratado es el de la actividad laboral material e intelectual, propiamente tal, fruto del quehacer concreto. Los trabajadores así contratados pasan a estar bajo dependencia y subordinación del contratante, quien se concentra en el contenido y en la dirección del trabajo, quedando los aspectos formales de la relación a cargo del contratista.”

Según lo expuesto, es claro que el artículo tercero del Código de Trabajo no contempla los presupuestos de la intermediación compleja, pues en él, la participación del intermediario queda limitada al mero acto de poner en contacto al trabajador con el patrono, lo que hace imposible su aplicación a las relaciones triangulares como la que se constituye con la intermediación que realiza la empresa de trabajo temporal.

4.3. Las ETT en la jurisprudencia: Sentencia de la Sala Segunda número 2004- 00830 de las nueve horas treinta y cinco minutos del primero de octubre del dos mil cuatro.

Por tratarse de un caso único, “rara avis” de la jurisprudencia laboral de nuestros Tribunales, resulta oportuno para los fines de este trabajo, dedicarle un espacio de análisis puntual al contenido del voto número 830-2004 de la Sala Segunda.

El fallo versa sobre un proceso de demanda ordinario laboral por despido que interpuso una trabajadora contra una empresa dedicada al suministro de personal.

La empresa contrató a esta trabajadora para que laborara como oficinista en un proyecto de informática en el Instituto Costarricense de Electricidad. Luego la empresa la despidió por cuanto el ICE resolvió no prorrogar la contratación del suministro de mano de obra para dicho proyecto.

La trabajadora acudió a estrados judiciales, por considerar que el despido era ilegal ya que para entonces se encontraba embarazada y la empresa no realizó el procedimiento legal correspondiente. El fallo de primera instancia declaró sin lugar la demanda reconociéndole a la actora únicamente el pago de algunas diferencias a su favor por concepto de vacaciones y aguinaldo, por considerar que el despido obedeció al fenecimiento del contrato por tiempo determinado, y no a causa del embarazo.

En apelación el Tribunal revocó en parte lo resuelto, pues en su criterio, el contrato de trabajo sufrió una prórroga que lo convirtió en un contrato a plazo indefinido, y en consecuencia sí existió violación del fuero especial que protege a la trabajadora embarazada contra el despido. Este segundo fallo, motivó a la empresa demandada a acudir ante la Sala Segunda solicitando la revocatoria de lo resuelto por el Tribunal.

Ya sobre el fondo de la sentencia comentada, la Sala Segunda, al margen de la discusión sobre el fuero de la trabajadora embarazada y la procedencia o no de su despido, considera que la empresa demandada es una auténtica Empresa de Trabajo Temporal y expone una rica exposición doctrinal sobre el fenómeno de la descentralización productiva y el contrato de suministro de mano de obra.

Con especial interés, recalcamos la distinción que hace el fallo entre el contrato de subcontratación de servicios y el contrato de subcontratación de mano de obra, señalando que este último “se presenta cuando el objeto único o predominante de la relación contractual entre las empresas (contratista y subcontratista), es el suministro de mano de obra y no el de bienes o servicios.”

La distinción señalada recoge un acierto y un desacierto a la vez. Acierta al proponer un trato diferenciado para dos modalidades contractuales muy en uso dentro de los esquemas de descentralización productiva, que ameritan un tratamiento distinto.

En nuestro medio la diferencia tiene consecuencias importantes por cuanto mientras que para el caso de suministro de bienes y servicios la legislación nacional contempla normas que permiten regularlo¹⁶, tratándose del contrato de suministro de mano de obra a través de la Empresa de Trabajo Temporal existe un vacío normativo absoluto.

El desacierto está en considerar que el suministro de mano de obra corresponde a un tipo de subcontratación, cuando en realidad se trata de una modalidad de intermediación laboral. Sobre este punto, en el capítulo segundo, amparados a la tesis de la doctrina mayoritaria, dejamos sentado que para nosotros, el suministro de mano de obra que realiza la empresa de trabajo temporal, constituye una modalidad de intermediación laboral, por cuanto con él se genera una relación mediata entre el trabajador y la Empresa Usuaria, a través de la intervención de la empresa de trabajo temporal.

En la subcontratación laboral, el objeto del contrato es la realización de una obra o la prestación de un servicio que la empresa principal o comitente encarga a la empresa subcontratista, la cual ejecuta el contrato con sus propios recursos y con su propio personal.

En el esquema de la subcontratación, los trabajadores mantienen una independencia total respecto de la empresa comitente, de ahí que no se ven sometidos a ningún tipo de subordinación más allá de la que mantienen con la empresa subcontratista para la cual trabajan.

La diferencia en la categorización del contrato tiene consecuencias importantes sobre todo a la hora de determinar el régimen de responsabilidad laboral entre las empresas intervinientes en el esquema trilateral que surge de

¹⁶La jurisprudencia nacional, al igual que la doctrina, sostiene que el contrato de suministro de bienes y servicios se rige por las disposiciones del Código de Comercio o del Código Civil, según la naturaleza del contrato, más no se trata de una modalidad de contratación laboral.

la implementación del contrato de suministro de mano de obra. Un tema que ya quedó explicado en capítulos anteriores, pero que como veremos más adelante, en nuestro país tiene especiales implicaciones.

Sobre la regulación de la actividad de las Empresas de Trabajo Temporal, el fallo hace una exégesis de derecho comparado para indicar que existen tres sistemas diferentes de regulación, a saber:

a) países en los que la actividad de las Empresas de Trabajo Temporal está, explícita o implícitamente, prohibida, por ejemplo Suecia y Grecia; b) países en los que el trabajo temporal no está sometido a un estatuto especial, sino a la legislación general en materia de empleo, constituyendo el grupo de países con una actitud más liberal frente al fenómeno de las Empresas de Trabajo Temporal, por cuanto permiten su actividad en el mercado de trabajo, sin establecer ningún tipo de regulación específica limitativa de su ámbito de actuación. Es la posición de Estados Unidos, Inglaterra, Suiza, Irlanda y Luxemburgo; y c) aquellos países en los que existe un estatuto específico del trabajo temporal y de las Empresas de Trabajo Temporal. Es el caso de Francia, Holanda, Bélgica, Dinamarca, Noruega, Alemania, Portugal y España.

Tratándose de nuestro ordenamiento positivo laboral, la sentencia advierte que: “(...) no existe norma que regule de forma expresa, concreta y sistemática el funcionamiento de la empresa de trabajo temporal”. No obstante, los Magistrados firmantes del voto consideraron que:

Ante la ausencia de norma expresa que impida el funcionamiento de la empresa de trabajo temporal, cabe concluir que no existe obstáculo para su constitución y funcionamiento, ya que en tal caso devienen aplicables las previsiones normativas contenidas en el artículo 28 de la Constitución Política, que dispone que “ las acciones privadas que no dañen la moral o el orden público o que no perjudiquen a tercero, están fuera de la acción de la ley.

La conclusión a la que arriba la Sala Segunda según el criterio expuesto, permite a las Empresas de Trabajo Temporal actuar con absoluta libertad, sin importar la ausencia de un marco normativo que regule su funcionamiento.

Con esta tesis, parece ser que la Sala Segunda se inclina a aceptar que en Costa Rica aplica el “sistema liberal”, que según la propia explicación que contiene el voto, es el que se utiliza en aquellos países en los que el trabajo temporal no está sometido a un estatuto especial, sino a la legislación general en materia de empleo. Con ello, el máximo Tribunal Laboral está poniendo al país en la misma posición en la que se encuentran naciones como Estados Unidos, Inglaterra, Suiza, Irlanda y Luxemburgo.

Parte de la justificación que ofrece la sentencia para afirmar que en Costa Rica no existe obstáculo para la constitución y funcionamiento de Empresas de Trabajo Temporal, se fundamenta en considerar que el Convenio número 96 de la OIT no es de aplicación a dichas empresas.

Al respecto, el voto señala que:

Ciertamente, nuestro país ratificó el convenio N. 96 de la Organización Internacional del Trabajo, “Sobre las agencias retribuidas de colocación”, del año 1949, mediante la ley N. 2561 del 11 de mayo de 1960, comprometiéndose a suprimir progresivamente las agencias de colocación con fines lucrativos (al adherirse expresamente a la segunda parte del convenio). No obstante, dicho instrumento no resulta aplicable a las empresas suministradoras de mano de obra temporal, como lo explica Ameglio, para quien las diferencias que existen en el funcionamiento de las Empresas de Trabajo Temporal y las agencias retribuidas de colocación no son formales, sino reales, lo que obliga a un tratamiento distinto de estas dos figuras.

Cabe advertir que contrario a lo que afirma el reconocido autor uruguayo Edudardo Ameglio¹⁷, en quien se sustenta el fallo de la Sala Segunda para sostener que el Convenio 96 de la OIT no le es aplicable a las Empresas de Trabajo Temporal, la Organización Internacional de Trabajo ha considerado que estas empresas sí se encuentran contempladas dentro de los alcances del citado convenio.

¹⁷ La sentencia recoge el criterio del autor uruguayo Eduardo Ameglio, para quien las diferencias que existen en el funcionamiento de las empresas de trabajo temporal y las agencias retribuidas de colocación no son formales, sino reales, lo que obliga a un tratamiento distinto de estas dos figuras.

Basta aquí recordar lo que se señaló en el capítulo anterior, en el año 1965 el Secretario General de la Organización Internacional de Trabajo, evacuando una consulta que le hiciera el Gobierno de Suecia, firmante de la parte II del Convenio número 96, emitió un dictamen a favor de aplicar dicho convenio a las Empresas de Trabajo Temporal.

Tal y como lo señala María Mercedes Rodríguez Fernández, (1999: 299) la opinión que recogía el dictamen del Secretario General de la OIT fue avalada luego por parte del Consejo de Administración y posteriormente la hizo suya la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones.

Rodríguez Piñero citado por María Mercedes Rodríguez Fernández (1999: 299) señala que:

Este Dictamen fue así uno de los elementos cuya coincidencia en la segunda mitad de los años 60 va a transformar el régimen del trabajo temporal en Europa en la década de los 70. De alguna manera, y paradójicamente, sus efectos fueron en la dirección de la legalización de esta figura en un número importante de sistemas, y no de la extensión de su prohibición (Rodríguez-Piñero Royo, 1992).

Conforme a lo expuesto, es fácil advertir que para la Organización Internacional del Trabajo, las disposiciones del Convenio número 96 sí le son aplicables a las Empresas de Trabajo Temporal, lo que nos permite afirmar que el criterio de la Sala Segunda en sentido contrario, desatiende la posición del organismo internacional, lo que a nuestro juicio representa un grave error de contenido del fallo.

Si se considera la posición de la Organización Internacional del Trabajo, según el dictamen emitido por el Secretario General al que nos hemos referido, es claro que en Costa Rica mientras esté vigente el Convenio 96 en los términos en que el país se adhirió al mismo, esto es, a la aplicación de la parte II que dispone la prohibición de las agencias retribuidas de colocación, en el país existe una clara prohibición para el funcionamiento las Empresas de Trabajo Temporal.

Diferente escenario encontrarían las Empresas de Trabajo Temporal si nuestro país opta por denunciar el convenio 96 para ratificar el convenio 181 Sobre las Agencias Privadas de Empleo, pues este último sí autoriza el funcionamiento de las Empresas de Trabajo Temporal para que realicen servicios de suministro de mano de obra. De momento y mientras esté en vigencia el convenio 96, tal y como lo estipula la parte segunda a la cual se adhirió Costa Rica, en el país la actividad de las ETT está vedada.

Un segundo aspecto sobre el cual divergimos del criterio que expone la sentencia, versa sobre la afirmación que sostiene que en el país no existe norma que prohíba la constitución y funcionamiento de las Empresas de Trabajo Temporal. Somos del criterio de que dichas empresas sí se encuentran comprendidas dentro de la prohibición que contempla el artículo 80 de la Ley Orgánica del Ministerio de Trabajo.

La norma citada es clara al señalar que *“Queda prohibido el funcionamiento de agencias pagadas de colocación; así como las actividades de intermediarios”*.

Antes hemos dicho con sustento en la tesis mayoritaria de la doctrina iuslaboralista, que la actividad de suministro de mano de obra a través de Empresas de Trabajo Temporal, constituye una modalidad compleja de intermediación laboral, separándonos con ello de la tesis minoritaria que considera que el contrato de suministro de mano de obra corresponde a un tipo de subcontratación.

Consecuentes con lo anterior, consideramos que es precisamente a este tipo de intermediación laboral compleja a la que se refiere el artículo 80 de la Ley Orgánica del Ministerio de Trabajo. Solo así se puede entender la equiparación que la norma citada hace entre la actividad de colocación retribuida y la actividad de intermediación, y sólo así se puede entender la prohibición general de ambas actividades que prevé el artículo.

Una tesis distinta que apunte a interpretar que el numeral 80 de la Ley Orgánica del Ministerio de Trabajo se refiere al simple intermediario, nos conduciría inevitablemente a una gravísima colisión normativa entre este

artículo y el numeral tercero del Código de Trabajo, pues este último artículo regula la figura del intermediario clásico, al cual le otorga pleno reconocimiento jurídico como sujeto legítimo de la relación laboral.

Fernando Bolaños Céspedes (2009:12), realizando una exégesis del artículo 3 del Código de Trabajo a la luz de criterios jurisprudenciales dados por la Sala Segunda, señala que:

La figura del intermediario que contempla el artículo 3 del Código Laboral costarricense es entonces la de la intermediación clásica, en que éste se encarga solamente de servir de enlace entre un empleador que requiere mano de obra y uno o varios trabajadores que necesitan empleo.

De acuerdo a lo expuesto, mientras que el artículo 3 del Código de Trabajo se refiere al intermediario clásico (sujeto que pone en contacto al trabajador con el patrono), el artículo 80 de la Ley Orgánica del Ministerio de Trabajo hace referencia a la intermediación laboral compleja, es decir, la que realizan las agencias retribuidas de colocación o agencias de empleo privadas, entre ellas, las Empresas de Trabajo Temporal.

En consecuencia, habría que concluir que en nuestro ordenamiento laboral positivo, sí existe norma expresa que prohíbe la constitución y funcionamiento de las Empresas de Trabajo Temporal, pues estas son agencias pagadas que realizan actividad de intermediación laboral. Desde esta línea de pensamiento, contrario a lo que sostiene la sentencia que comentamos, cabría afirmar que existe un impedimento legal para que dichas empresas operen en el mercado de trabajo costarricense.

La discrepancia que tenemos con la sentencia en relación a este segundo aspecto, tiene como punto de origen el que la Sala Segunda haya calificado -tal y como lo expusimos al principio- la actividad de suministro de mano de obra que realizan las Empresas de Trabajo Temporal, como una modalidad de subcontratación.

Creemos que si la sentencia hubiese partido de la tesis que expone la mayoría de la doctrina, que considera que el contrato de suministro de mano de

obra corresponde a una modalidad de intermediación laboral, y no a un tipo de subcontratación, sus conclusiones hubiesen sido muy distintas, pues en este último caso, necesariamente habría que aceptar que las Empresas de Trabajo Temporal encuadran dentro de la prohibición que dispone el artículo 80 de la Ley Orgánica del Ministerio de Trabajo, y en consecuencia, su actividad quedaría prohibida.

Ahora bien, tal y como lo señala Bolaños Céspedes (2009:15), la sentencia atiende a una realidad que no puede ser ignorada: Las Empresas de Trabajo Temporal existen y operan en nuestro medio. Su reconocimiento constituye el primer paso para regularlas, o cuando menos, establecer los presupuestos básicos para determinar el régimen de responsabilidades jurídico laborales que les son atribuibles.

Bajo esta línea de pensamiento, el mismo autor (Bolaños Céspedes, 2009:15) advierte que:

El problema que se plantea para el ordenamiento costarricense es que mientras el artículo 3 del Código de Trabajo prevé la figura de la solidaridad entre intermediario y empleador, no contiene nuestra legislación una regla de solidaridad para proteger a los trabajadores frente a Empresas de Trabajo Temporal que no cuenten con los medios económicos para atender el cumplimiento de la legislación garantista a que tienen derecho.

En efecto, la realidad a la que alude Bolaños Céspedes se compone de dos aristas que convergen en lo que a nuestro criterio es el problema medular del tema que discutimos: La existencia y funcionamiento de las Empresas de Trabajo Temporal y la ausencia de normas protectoras que garanticen las garantías laborales a los trabajadores por ellas contratados.

La solución al problema apuntado no puede ser otra que regular el funcionamiento de las Empresas de Trabajo Temporal mediante una ley especial que norme la actividad del suministro de mano de obra, tal y como ocurre en la mayoría de países que han optado por permitir este tipo de intermediación laboral.

La ausencia de ley especial que regule el funcionamiento de las Empresas de Trabajo Temporal en nuestro país, impone la necesidad de elaborar sobre la base de la legislación ordinaria vigente, algún tipo de regulación legal para la actividad de suministro de mano de obra. En especial, resulta necesario dar respuesta legal al conflicto jurídico más importante que desde la perspectiva del derecho laboral plantea esta modalidad de intermediación laboral, cual es, el atinente a la responsabilidad patronal frente a los créditos laborales.

De seguido expondremos las limitaciones que tiene nuestro Código de Trabajo para regular el funcionamiento de las Empresas de Trabajo Temporal, para luego, formular lo que a nuestro criterio es la única salida viable por ahora para atender el problema de la responsabilidad patronal frente a los créditos laborales.

4.4. La insuficiencia del Código de Trabajo:

Hemos dicho antes que el funcionamiento de las empresas de trabajo requiere de una ley especial que regule la actividad del suministro de mano de obra. La legislación común resulta a todas luces insuficiente para regular las consecuencias jurídicas que se derivan de una relación laboral que vincula a un trabajador con dos empresas que se reparten las potestades patronales. Esta “trilateralidad” es ajena a la relación típica de trabajo. Tal y como lo señalan Oscar Ermida y Alejandro Castello (2000:418):

(...) esta condición de “empleador que no es empleador”, asumida por la EU a través de la ETT, es una ficción absolutamente inadmisibile en el Derecho del Trabajo, a la luz del principio de primacía de la realidad. Más aún, cuando la función recae en algo tan esencial, tan básico y tan elemental como la condición de empleador.

Los mismos autores (Ermida y Castello, 2000:418) advierten que:

Solo una ley, a texto expreso, podría operar un efecto tan radical, tan ficticio, de convertir en empleador a quien cumple solo la formalidad de tal y quitar esa condición a quien recibe y dirige el trabajo.

Aún y cuando aceptáramos que nuestro Código de Trabajo contiene normas con base en las cuales se puede regular de alguna manera el funcionamiento de las Empresas de Trabajo Temporal, es fácil advertir que la regulación ordinaria resulta absolutamente insuficiente.

Para sustentar lo dicho, veamos las limitaciones legales que nos encontramos al tratar de aplicar a la ETT la regulación que contiene nuestro código sobre los contratos de trabajo, la identidad del empleador y la responsabilidad patronal frente a los créditos laborales.

(i) Aplicación del contrato de trabajo por tiempo definido.

Con relación al contrato por tiempo determinado, de acuerdo con lo que dispone el artículo 26 del Código de Trabajo, podemos decir que la Empresa de Trabajo Temporal puede aplicarlo para contratar a sus trabajadores, cuando su implementación quede directamente vinculada a la naturaleza de las funciones requeridas por la Empresa Usuaria. Así, cuando la Empresa Usuaria le requiera a la Empresa de Trabajo Temporal el suministro de personal para cubrir una necesidad de naturaleza transitoria, la ETT puede contratar al trabajador únicamente por el tiempo necesario para atender dicha necesidad.

Los alcances del artículo 26 del Código de Trabajo pueden alcanzar de modo indirecto el contenido mismo del contrato de suministro de mano de obra celebrado entre la Empresa de Trabajo Temporal y la Empresa Usuaria, y con ello, este último quedaría condicionado al menos en dos aspectos importantes: La naturaleza de las funciones y el tiempo de duración.

Respecto a la naturaleza de las funciones, el artículo 26 del Código de Trabajo establece que *“el contrato de trabajo sólo podrá estipularse por tiempo determinado en aquellos casos en que su celebración resulte de la naturaleza del servicio que se va a prestar”*.

Esta condición del contrato por tiempo determinado que recoge el artículo 26 del Código de Trabajo, impone a la Empresa de Trabajo Temporal la obligación de condicionar a su vez a la Empresa Usuaria en cuanto a que el

contrato de suministro de mano de obra solo puede tener por objeto la realización de tareas que por su naturaleza sean de carácter transitorio.

Si la Empresa de Trabajo Temporal escinde el vínculo de identidad que sobre este aspecto debe de existir entre el contrato de trabajo por tiempo determinado y el contrato de suministro de mano de obra, permitiendo con ello que este último tenga por objeto la realización de funciones que son de naturaleza permanente para la actividad de la Empresa Usuaria, estaría incurriendo en un uso fraudulento del contrato de trabajo por tiempo determinado.

Ahora bien; aún y cuando lo expuesto parece proponer un sistema de control confiable, a través del cual se puede garantizar que el contrato de suministro de mano de obra sea utilizado únicamente para atender tareas de carácter transitorio, porque así lo exige la aplicación del contrato de trabajo por tiempo definido, en verdad no lo es, pues en la mayoría de los casos resultaría muy fácil a la Empresa de Trabajo Temporal y a la Empresa Usuaria, enmascarar la verdadera naturaleza de las funciones encomendadas al trabajador, haciéndolas ver como transitorias cuando en realidad son de naturaleza permanente.

Es precisamente la facilidad de fraude que se da con la intermediación laboral compleja que se estructura mediante esquemas triangulares como el que ocurre en el suministro de mano de obra, lo que ha motivado a la mayoría de legislaciones del derecho comparado a regular mediante ley especial el funcionamiento de Empresas de Trabajo Temporal. La misma razón hace que la mayoría de las legislaciones permitan el uso del contrato de suministro de mano de obra, únicamente para atender la ejecución de tareas de naturaleza transitoria.

En cuanto al tiempo de duración del contrato por tiempo determinado, la misma lógica expuesta antes nos permite afirmar que el condicionamiento que sobre el plazo máximo permite el artículo 27 del Código de Trabajo, puede limitar la extensión del contrato de suministro de mano de obra.

Lo anterior por cuanto no le sería permitido a la Empresa de Trabajo Temporal contratar a un trabajador por tiempo determinado, para ponerlo a disposición de la Empresa Usuaria por un periodo mayor al año. La inobservancia del límite superior del plazo anual, torna de inmediato el tipo de contrato en un contrato por tiempo indefinido, por así disponerlo el artículo 27 ya citado.

Recapitulando, la posibilidad del uso fraudulento del contrato de trabajo de tiempo definido, hace que este control resulte algo más que endeble, lo que evidencia que el límite de duración del contrato de suministro de mano de obra no puede venir de la aplicación de la legislación común, sino que debe estar expresamente regulado por norma especial.

Más conflictiva resultaría una interpretación “latu sensu” del artículo 27 del Código de Trabajo para determinar la duración del contrato de suministro de mano de obra, si se toma en cuenta que esa norma extiende el plazo del contrato definido a cinco años cuando se trata de trabajadores con formación técnica especial. La posibilidad de aplicar el plazo quinquenal señalado al contrato de suministro de mano de obra, forzando su interpretación terminaría desnaturalizando el carácter temporal de la contratación

(ii) Aplicación del contrato de Trabajo por tiempo Indefinido.

Nada impide a la Empresa de Trabajo Temporal contratar a sus trabajadores por tiempo indefinido, tal y como sucede en la mayoría de legislaciones del derecho comparado. Esta posibilidad ha sido reconocida en nuestro medio por la propia Sala Segunda, que en el voto comentado antes, analizó la naturaleza o tipo de contrato laboral que unía a la trabajadora con la Empresa de Trabajo Temporal sobre lo cual determinó que se trata de un contrato por tiempo indefinido, y sobre su ejecución señaló lo siguiente:

La accionante comenzó a trabajar para la empresa demandada el 16 de octubre del 2001, lo que demuestra su vinculación con el proyecto del código de barras (cuya fecha de inicio fue el 12 de octubre de ese año). Sin embargo, existen ciertos elementos que hacen concluir que su contratación fue a plazo indefinido, como acertadamente lo resolvió el Ad quem. (...) “Según la

compañía demandada, el personal que emplea es asignado exclusivamente a la contratación específica de que se trate, sin que sea posible trasladar personal de una contratación a otra. Sin embargo, no se observa que tal imposibilidad en verdad exista, al menos en el caso concreto, ya que las funciones de la demandante eran las de una oficinista con recargo de secretariado, por lo que fácilmente podía ser reubicada en otro proyecto, pues ese tipo de tareas siempre se van a necesitar en los proyectos para los cuales la demandada le suministra recurso humano al ICE (...)."

Ahora bien, en nuestro medio, la aplicación de esta modalidad de contrato por parte de la ETT, presenta algunas desventajas frente al contrato de suministro de mano de obra.

Una de las desventajas, ocurre por cuanto la aplicación del contrato de trabajo por tiempo indefinido por parte de la ETT para contratar a sus trabajadores, hace imposible que se puedan derivar de este contrato las limitaciones que, según lo explicado antes, sí pueden derivarse del contrato de trabajo por tiempo definido para regular algunos aspectos del contrato de suministro de mano de obra celebrado entre la ETT y la Empresa Usuaria. Nos referimos a la regulación del tiempo de duración del contrato de suministro de mano de obra y a la naturaleza de las funciones encomendadas al trabajador cedido.

Al no tener el contrato de trabajo por tiempo indefinido plazo de duración, ni límite alguno en cuanto al tipo de funciones que le pueden ser encomendadas al trabajador contratado bajo esta modalidad contractual, no existe posibilidad de establecer un vínculo de identidad sobre estos aspectos en relación al contrato de suministro de mano de obra.

Conforme esto último, la Empresa de Trabajo Temporal que contrate a sus trabajadores bajo un esquema de relación laboral indefinida, no encontrará más limitaciones para ejecutar el contrato de suministro de mano de obra, que aquellas que impone la naturaleza misma de este contrato, que como hemos visto antes, pueden ser burladas fácilmente por acuerdo entre la ETT y la Empresa Usuaria.

En ausencia de una norma expresa que establezca un límite expreso a la duración del contrato de suministro de mano de obra, tal cual sucede en el derecho comparado, la contratación de trabajadores bajo la modalidad de relación laboral indefinida, facilita a la Empresa de Trabajo Temporal en asocio con la Empresa Usuaria el uso fraudulento del contrato de suministro de mano de obra, ya que no existe ninguna fuente, ni legal ni contractual, que imponga un límite a la duración de prestación del trabajador a favor de la Empresa Usuaria. No es que la relación laboral entre la Empresa de Trabajo Temporal y sus empleados no pueda ser de tiempo indefinido. Lo que resulta fraudulento es que se suministren trabajadores para relaciones de plazo indefinido, cuando lo que caracteriza este esquema es la temporalidad de la prestación a favor de la Empresa Usuaria.

La otra desventaja que presenta la aplicación del contrato de trabajo indefinido por parte de la empresa de trabajo temporal, ante la ausencia de una ley que autorice y regule este tipo de contrato especial, es que el trabajador se enfrentará a la peculiar situación de que el objeto material del contrato de trabajo sufrirá tantas variaciones como tantos contratos de suministro de mano de obra formalice la Empresa de Trabajo Temporal con sus empresas clientes.

Aún y cuando no existe impedimento legal para que el trabajador contratado por la Empresa de Trabajo Temporal sea sometido a un esquema variable de funciones, de manera que en cada nuevo contrato de suministro de mano de obra tendrá que ejecutar tareas diferentes, en diferentes condiciones, debe advertirse que tal posibilidad quedará siempre sujeta a las limitaciones del *ius variandi*, por lo que no le será permitido a la empresa de trabajo temporal, mermar los beneficios reconocidos al trabajador ni modificar las cláusulas esenciales del contrato de trabajo, como lo son las relativas a la jornada y al salario.

En el derecho comparado, es fácil constar que este tipo de aspectos son regulados mediante la ley, así como en normas de carácter reglamentario, en las cuales se contemplan con detalle una serie de disposiciones que buscan garantizar la debida protección al trabajador cedido.

En nuestro medio, es más que claro que el reconocer a la Empresa de Trabajo Temporal el derecho a contratar trabajadores por tiempo indefinido para atender los contratos de suministro de mano de obra, sin que exista regulación alguna sobre este último contrato, agrava aún más los ya reconocidos inconvenientes que trae aparejados este tipo de intermediación laboral, y potencia el uso fraudulento del contrato de suministro de mano de obra.

(iii) La responsabilidad frente a los créditos laborales:

En el estado actual bajo el que operan las Empresas de Trabajo Temporal, de acuerdo a los lineamientos que contiene el voto número 830-2008 de la Sala Segunda, pareciera que la responsabilidad patronal la debe asumir en exclusiva la ETT, pues el fallo concluye que la empresa demandada - suministradora de personal temporal al ICE- es el verdadero patrono de la trabajadora embarazada que fue despedida, y por ende la empresa fue condenada a cancelar las indemnizaciones del despido ilegal.

Esta tesis, bajo la cual se otorga a la ETT condición de patrono legal y se le atribuye en exclusiva la responsabilidad laboral tiene sentido y razón de ser en aquellos países donde existe una ley expresa que así lo disponga, mas no en el nuestro.

El reconocer la legalidad de patrono a la Empresa de Trabajo Temporal con sustento en las normas que contiene nuestro Código de Trabajo, resulta jurídicamente improcedente, además de riesgoso, pues en todos los casos la relación laboral triangular quedará con piezas sueltas que ponen en entredicho la protección que requiere el trabajador de la empresa de trabajo temporal.

Si suponemos que la ETT es un auténtico empleador que encuadra dentro del concepto de patrono que recoge el artículo segundo de nuestro Código de Trabajo, es fácil advertir que la subordinación fáctica que ocurre entre el trabajador y la Empresa Usuaria producto del contrato de suministro de mano de obra, hace imposible que la ETT pueda comportarse como un verdadero patrono, pues no es ella la que dirige la ejecución de la obra, tal y como lo dispone el artículo 18 del mismo Código.

La manera en que se materializa la relación triangular entre ETT-trabajador- Empresa Usuaria, conduciría siempre a la colisión entre el artículo 2 y el 18 del Código de Trabajo, surgiendo así una inconsistencia normativa insalvable.

Por otro lado, es claro que el artículo 18 citado, recoge la presunción a favor de la existencia del contrato de trabajo entre el trabajador que presta sus servicios y la persona que los recibe. De acuerdo a esta norma, habría que concluir que al ser la Empresa Usuaria la que dirige el trabajo, es ella el verdadero patrono del trabajador cedido, y no la ETT que lo contrata para cedérselo.

En abono de lo que decimos, valga aquí recordar que la jurisprudencia de la Sala Segunda sostiene que el artículo 18 del Código de Trabajo establece una presunción iuris tantum respecto de la existencia de un vínculo laboral, entre el individuo que presta sus servicios y quién los recibe¹⁸, amén de establecer que los tres elementos que definen la naturaleza laboral de una relación de trabajo, son: a) la prestación de un servicio, b) su remuneración, y c) que se desarrolle bajo subordinación, respecto del empleador.¹⁹

Sobre el elemento subordinación, la jurisprudencia lo señala como el elemento fundamental para poder determinar si se está o no en presencia de una relación laboral, definiéndolo como *“el estado de limitación de la autonomía del trabajador al cual se encuentra sometido, en sus prestaciones, por razón de su contrato; y que proviene de la potestad del patrono o empresario para dirigir la actividad de la otra parte”* (Resolución número 657 de las nueve horas con treinta minutos del ocho de agosto del año 2008).

Aunado al elemento subordinación, la aplicación del principio de primacía de la realidad, inmerso en la redacción del artículo 18 del Código de Trabajo,

¹⁸En este sentido se pueden citar entre muchas otras las sentencias, Nos 221 de las 9:50 horas, del 28 de agosto y 284, de las 10:30 horas del 25 de noviembre, ambas de 1998, 240, de las 9:00 horas, del 20 de agosto y 385, de las 14:10 horas, del 10 de diciembre, las dos de 1999; y las 93 de las 10:30 horas del dos de febrero y la 207 de las 9:40 del 6 de abril, ambas del año 2001, todas de la Sala Segunda.

¹⁹Este criterio lo recogen entre otras muchas sentencias de la Sala Segunda, las siguientes: *sentencias números 135, de las 9:30 horas; 137, de las 9:40 horas, ambas del 8 de marzo, y 377, de las 14:28 horas del 23 de mayo, todas del 2006.*

hace difícil que se pueda endosar a la Empresa de Trabajo Temporal la condición de patrono, pues el contrato de suministro de mano de obra presenta una realidad incuestionable: El trabajador cedido labora bajo las órdenes de la Empresa Usuaria y para beneficio directo de ella.

De acuerdo a la misma jurisprudencia de la Sala Segunda, de conformidad con el principio de primacía de la realidad:

(...) en materia laboral, cuentan antes y preferentemente las condiciones reales que se hayan presentado, las cuales se superponen a los hechos que consten documentalmente, desde el punto de vista jurídico". (...) Por esa razón, el contrato de trabajo ha sido llamado "contrato-realidad" -aunque doctrinariamente se prefiere aquella acepción de primacía de la realidad-, dado que tanto legal como doctrinaria y jurisprudencialmente se ha aceptado, de forma pacífica, que la relación de trabajo está definida por las circunstancias reales que se den en la práctica y no por lo pactado inclusive expresamente por las partes. En consecuencia, de conformidad con este principio, en materia laboral, importa más lo que ocurre en la práctica que aquello que las partes hayan pactado y hasta lo que aparezca en documentos. (Sentencia número 657 de las nueve horas con treinta minutos del ocho de agosto del año 2008)

La subordinación jurídica y el principio de primacía de la realidad, de acuerdo a la jurisprudencia citada, hacen imposible entonces que en nuestro ordenamiento positivo laboral pueda operar la ficción jurídica que permite a la Empresa Usuaria transferir la condición formal de empleador hacia la empresa de trabajo temporal.

Tal y como se apuntó antes, la escisión de la figura patronal que permite a la Empresa Usuaria esa condición de "empleador que no es empleador" como lo señalan Ermida y Castello (2000:418), y que transfiere la responsabilidad patronal a la Empresa de Trabajo Temporal sólo es posible a través de una ley que así lo imponga. En ausencia de disposición legal expresa, no puede haber otra solución que responsabilizar a la Empresa Usuaria.

4.5. Dos empresas dos patronos: La solución correcta.

Al no existir en nuestro ordenamiento jurídico una norma expresa que le otorgue a la ETT la condición de empleador, consideramos que la única salida que permite el Código de Trabajo al problema de la identidad patronal entre la Empresa Usuaria y la Empresa de Trabajo Temporal, es considerar a esta última como intermediario.

Para fundamentar lo dicho, sirva de sustento lo expuesto antes respecto a la subordinación jurídica en los términos que la comprende el artículo 18 del Código de Trabajo, así como la aplicación del principio de primacía de la realidad, que nos muestra que en la relación triangular que opera entre ETT-Trabajador- EU, la Empresa de Trabajo Temporal intermedia entre el trabajador y la Empresa Usuaria porque contrata al trabajador para luego cederlo, y aún cuando paga su salario, no dirige ni controla la ejecución de las funciones que este realiza.

Si bien antes hemos dicho que la figura de intermediación a que hace referencia el artículo 3 del Código de Trabajo, corresponde a la intermediación clásica, y no a la intermediación compleja que opera en las relaciones triangulares, lo cierto es que si en nuestro país no existe norma expresa que reconozca a la ETT condición de patrono, la subordinación jurídica que mantiene la Empresa Usuaria con el trabajador cedido y el principio de primacía de la realidad, determinan que la actuación de la ETT queda limitada a una acción de intermediario, figura reconocida únicamente en el artículo tercero del Código de Trabajo.

Aplicar este artículo tercero al caso, no es algo que resulte del todo aventurado y falto de fundamento, pues tal y como lo señala Bolaños Céspedes (2009:11) “la jurisprudencia costarricense ha debido resolver con solo esta norma, distintos casos de intermediación y de subcontratación, para lo cual ha establecido algunas soluciones importantes.”

La consecuencia más importante que deriva de considerar a la ETT como un intermediario de acuerdo al artículo tercero del Código de Trabajo, estriba

en la posibilidad de imputar a la Empresa Usuaria en términos solidarios junto a la Empresa de Trabajo Temporal la responsabilidad por los créditos laborales.

En efecto, el párrafo primero del artículo tercero del Código de Trabajo, dispone que *“Intermediario es toda persona que contrata los servicios de otra u otras para que ejecuten algún trabajo en beneficio de un patrono. Este quedará obligado solidariamente por la gestión de aquél para los efectos legales que se deriven del presente Código, de sus Reglamentos y de las disposiciones de previsión social.”*

La aplicación de esta norma, ha permitido a la jurisprudencia de la Sala Segunda, sustentar el criterio que apunta a que donde existe subordinación jurídica entre el contratista y los trabajadores contratados por el intermediario, el primero se convierte en patrono para todos los efectos jurídicos.²⁰

Así, en un caso donde la Caja Costarricense del Seguro Social reclama a una empresa contratista el pago de las cuotas obrero- patronales de los trabajadores contratados por un intermediario, la Sala Segunda resolvió que:

(...) en el caso sub examine existió intermediación y, consecuentemente, se estableció una relación de subordinación jurídica entre “Industrial de Oleaginosas Americanas, S.A” y quien subcontractaba la prestación de los trabajadores ocasionales y de descarga o “chamberos” Nótese como, entonces, estos trabajadores laboraban para una sola empresa, la demandante, quien a su vez los proveía de los materiales y el equipo necesarios para que prestaran sus servicios y les daban las instrucciones adecuadas (...). Así las cosas, se arriba, a la conclusión que esta relación era también laboral y por lo tanto el pago que provenía de la prestación de servicio era salario sujeto a deducción de planilla, tal y como con acierto lo resolvió el tribunal, por lo que no es atendible la objeción al fallo sobre ese punto. (Sentencia número 330-204 de las quince horas con diez minutos del cinco de mayo de 2004)

²⁰En ese sentido ver Sentencia número 232-1999 de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, a las nueve horas cuarenta minutos del trece de agosto de mil novecientos noventa y nueve

Siguiendo la tesis expuesta por la jurisprudencia citada, es claro que la Empresa Usuaria que ejerce subordinación jurídica no se puede escapar de ser considerado como patrono, aunque los empleados sean suministrados por una empresa de trabajo temporal.

Desde esta óptica, quedaría zanjado el problema de la responsabilidad patronal frente a los créditos laborales, lo que representa mayor seguridad jurídica a favor de los trabajadores contratados por la Empresa de Trabajo Temporal para la actividad del suministro de mano de obra.

Desde luego que todo lo anterior alcanza un sentido práctico en el escenario actual en el que se desenvuelven las Empresas de Trabajo Temporal, pero mientras no exista una ley especial que regule adecuadamente el contrato de suministro de mano de obra, la presencia y funcionamiento de las Empresas de Trabajo Temporal en el país ocasionará un sin número de inconvenientes que ponen en entre dicho el fin protector de la legislación laboral costarricense.

CONCLUSIONES

La descentralización empresarial plantea una compleja división del trabajo, que difiere en mucho a la que proponía el modelo centralizado de producción, donde todas las relaciones de trabajo eran asumidas por la empresa y se desarrollaban dentro de ella bajo un mismo esquema de coordinación y dirección.

El nuevo modelo de producción se caracteriza por la segmentación del proceso productivo, que se diluye en toda una telaraña de relaciones inter-empresariales a niveles que en muchas ocasiones resultan inimaginables.

El objetivo que buscan las empresas con este nuevo esquema de producción “descentralizada” es concentrarse en la realización de su actividad neurológica, delegando en terceras empresas la ejecución de tareas de orden secundario, lo que les permite lograr un mejor uso de los recursos y así lograr una mayor productividad

Una de las manifestaciones más importantes del nuevo modelo productivo consiste en la “externalización” de la mano de obra. Las empresas buscan reducir costos, contratan personal a través de figuras como la intermediación laboral, la cesión y el préstamo de mano de obra entre empresas y el suministro de trabajadores a través de las Empresas de Trabajo Temporal.

Las Empresas de Trabajo Temporal se insertan dentro del proceso de descentralización empresarial, facilitando a la Empresa Usuaria el suministro de mano de obra.

El papel que juega la Empresa de Trabajo Temporal con el suministro de mano de obra en el esquema de la descentralización empresarial, es el de un intermediario complejo, cuya actividad intermediadora se articula mediante una relación laboral triangular, que rompe el paradigma de la relación típica de trabajo.

Por tratarse de una modalidad de intermediación laboral compleja, el derecho comparado apunta a reconocer el funcionamiento de las Empresas de

Trabajo Temporal, únicamente, cuando exista una legislación especial que regule la actividad del suministro de mano de obra.

En Costa Rica, la figura contractual de suministro de mano de obra es ajena a la legislación laboral costarricense. No obstante, y a pesar de que la legislación laboral vigente establece una clara prohibición para el funcionamiento de agencias de colocación con fines de lucro que realicen intermediación, la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia ha dado luz verde al funcionamiento de las Empresas de Trabajo Temporal.

El reconocer la legalidad de patrono a la Empresa de Trabajo Temporal con sustento en las normas que contiene nuestro Código de Trabajo, resulta jurídicamente improcedente, además de riesgoso, pues en todos los casos la relación laboral triangular quedará con piezas sueltas que ponen en entredicho la protección que requiere el trabajador de la empresa de trabajo temporal.

La ausencia de ley especial que regule el funcionamiento de las Empresas de Trabajo Temporal en nuestro país, impone la necesidad de elaborar sobre la base de la legislación ordinaria vigente, algún tipo de regulación legal para la actividad de suministro de mano de obra.

Al no existir en nuestro ordenamiento jurídico una norma expresa que le otorgue a la ETT la condición de empleador, la única salida que permite el Código de Trabajo al problema de la identidad patronal entre la Empresa Usuaria y la Empresa de Trabajo Temporal, es considerar a esta última como intermediario.

En este sentido, resulta de enorme utilidad el artículo 3 del Código de Trabajo, pues su aplicación nos posibilita imputar a la Empresa Usuaria en términos solidarios junto a la empresa de trabajo temporal, la responsabilidad por los créditos laborales.

Dentro de este último escenario, la Empresa de Trabajo Temporal asumiría el papel de un simple intermediario, y bajo dicha condición, quedaría sujeta al régimen de responsabilidad solidaria o subsidiaria correspondiente a

la intermediación laboral clásica y bajo la regulación que ofrece la legislación laboral común.

BIBLIOGRAFÍA

Libros

- Ameglio J., Eduardo. (2000). Vicisitudes del proyecto de convenio internacional sobre trabajo en régimen de subcontratación. En: Cuarenta y dos estudios sobre la descentralización empresarial y el derecho del trabajo. Montevideo- Uruguay. Fundación de Cultura Universitaria.
- Blat Gimeno, Francisco. (2000). El marco socioeconómico de la descentralización productiva. En: Descentralización productiva y protección del trabajo en Contratas. Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno. Valencia- España: Tirant Lo Blanch.
- Brignoni Fernández, Hugo. (2000). Las actuales formas de la descentralización productiva. Criterios de identificación y modalidades contractuales. En: Cuarenta y dos estudios sobre la descentralización empresarial y el derecho del trabajo. Montevideo- Uruguay. Fundación de Cultura Universitaria.
- Crespo Folguera, José. (2000). La responsabilidad salarial del empresario en contratas y subcontratas: su alcance objetivo. En: Descentralización productiva y protección del trabajo en Contratas. Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno. Valencia- España: Tirant Lo Blanch.
- Ermida Uriarte, Oscar- Castello, Alejandro. (2000). Las Empresas de Trabajo Temporal. En: Cuarenta y dos estudios sobre la descentralización empresarial y el derecho del trabajo. Montevideo- Uruguay. Fundación de Cultura Universitaria.
- Informe IV (1997) Revisión del convenio sobre las agencias retribuidas de colocación (revisado), 1949 (núm.96). Conferencia internacional del trabajo 85ª. reunión 1997. Ginebra- Suiza. Cuarto punto del orden del día. Oficina Internacional del Trabajo Ginebra.
- Informe VI de las agencias de empleo privadas en el funcionamiento. Conferencia Internacional del Trabajo. 81, Reunión 1994. “El papel de las agencias de empleo privadas en el funcionamiento de los mercados de trabajo.” Sexto punto del orden del día Oficina Internacional del Trabajo Ginebra.
- Martínez Ramírez, Juan- Sala Franco Tomás. (2000). Contratas y subcontratas de obras y servicios y cesión ilegal de trabajadores. En: Descentralización productiva y protección del trabajo en Contratas. Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno. Valencia- España: Tirant Lo Blanch.

- Plá Rodríguez, Américo. (2000). La descentralización empresarial y el derecho del trabajo. En: Cuarenta y dos estudios sobre la descentralización empresarial y el derecho del trabajo. Montevideo-Uruguay. Fundación de Cultura Universitaria.
- Pérez del Castillo, Santiago. (2000). Conjunto de Empresas o Grupo de Empresas. En: Cuarenta y dos estudios sobre la descentralización empresarial y el derecho del trabajo. Montevideo- Uruguay. Fundación de Cultura Universitaria.
- Raso Delgue, Juan. (2000). Outsourcing. En: Cuarenta y dos estudios sobre la descentralización empresarial y el derecho del trabajo. Montevideo- Uruguay. Fundación de Cultura Universitaria.
- Raso Delgue, Juan. (2009). La contratación atípica del trabajo. 2 ed. Montevideo- Uruguay. Editorial Amalio M. Fernández S.R.L.
- Rosembaun Rímolo, Jorge. (2000). Descentralización empresarial y negociación colectiva. En: Cuarenta y dos estudios sobre la descentralización empresarial y el derecho del trabajo. Uruguay. Fundación de Cultura Universitaria.
- Rosembaun Rímolo, Jorge. (2000). Descentralización empresarial y negociación colectiva. En: Cuarenta y dos estudios sobre la descentralización empresarial y el derecho del trabajo. Uruguay. Fundación de Cultura Universitaria.
- Rosembaun, Jorge- Castello Alejandro. (2008). Subcontratación e Intermediación Laboral. Estudio de las Leyes 18.099 y 18.251. Montevideo- Uruguay. Fundación de Cultura Universitaria
- Seré Ubaldo, Jorge. (2000). Ventajas e inconvenientes de la descentralización empresarial. En: Cuarenta y dos estudios sobre la descentralización empresarial y el derecho del trabajo. Montevideo-Uruguay. Fundación de Cultura Universitaria.
- Tokman E., Víctor- Martínez Daniel. (1999). Flexibilización en el margen: la reforma del contrato de trabajo. Perú. Oficina Internacional del Trabajo.
- Zaparin, Héctor. (2000). La descentralización y su repercusión en el derecho colectivo. En: Cuarenta y dos estudios sobre la descentralización empresarial y el derecho del trabajo. Montevideo-Uruguay. Fundación de Cultura Universitaria.

Revistas

- Bolaños Céspedes, Fernando. (2009). “Organización compleja de empresas y sus efectos en el trabajo. Una visión costarricense.” Revista Latinoamericana de Derecho Social. 9. (): 3-28. Julio-diciembre.
- Castello, Alejandro. (2009). “La subcontratación y las relaciones de trabajo en Uruguay.” Revista Latinoamericana de Derecho Social. 9. (): 53-87. Julio-diciembre.
- Monereo Pérez José Luis- Moreno Vida María Nieves. (2004) “Las Empresas de Trabajo Temporal en el marco de las nuevas formas de organización empresarial.” Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. 48. 39- 65. Tomado de la página web: <http://www.mtas.es/es/publica/revista/numeros/48/Est02.pdf>
- Pasco Cosmópolis, Mario. (2006). “Outsourcing, Subcontratación e Intermediación Laboral.” Revista de la Sala Segunda. 3.167- 173. Junio.
- Sanguinetti Raymond , Wilfredo. (2009). “Las transformaciones del empleador y el futuro del Derecho del Trabajo.” Revista de Derecho Social Latinoamérica. 3. 47-73.
- Bronstein Arturo. (1991). “El trabajo temporal en Europa: ¿antagonismo o complemento del empleo permanente?” Revista Internacional del Trabajo. Volumen N° 110, número 4 OIT, 485-507. Tomado de la página web: <http://dialnet.uniroja.es/servlet/articulo?codigo=136457> [consulta 3 de julio de 2009]

Trabajos Finales de Graduación

- Martínez Murillo, Juan José. (1996). Cesiones lícitas e ilícitas de trabajadores. Tesis para optar por el grado de Doctor. Universidad Complutense de Madrid, España. Tomado de la página web: <http://dialnet.uniroja.es>.
- Rodríguez Fernández, María Mercedes. (1999). “Las Empresas de Trabajo Temporal: Análisis de su implantación, funcionamiento y utilización por el sector hotelero Malagueño”. Tesis para optar por el grado de Doctor. Universidad de Málaga, España. Tomado de la página web: <http://dialnet.uniroja.es>

Artículos de página Web.

- Benavides de Castañeda, Luisa. (2004). “Las Empresas de Trabajo Temporal en la Legislación Laboral Internacional”. Carabobo, Venezuela. 2004. Tomado de la página web: <http://servicio.cid.uc.edu./derecho/revista/27/273.pdf> [Consulta 29 de junio de 2009]
- Bronstein, Arturo. (1999). La subcontratación laboral. San José. Abril 1999. Tomado de la página web: <http://alegislativo.bcn.cl/alegislativo/pdf/cat/docs/2943-13/639.pdf>. [Consulta 26 de mayo 2009]
- Bronstein, Arturo (1998). Nuevas formas de intermediación en el mercado de trabajo. Tomado de la página web: en: <http://www.oit.or.cr/oit/papers/notah1.shtml> [Consulta 13 de agosto de 2009]
- Díaz, Luis Eduardo. (2005). “Relaciones laborales especiales: las Empresas de Trabajo Temporal y las cooperativas. ¿Qué pueden hacer los _____ sindicatos?” Tomado de la página web: http://www.serbi.luz.edu.ve/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1315-95182005004000009&lng=es&nrm=iso. ISSN 1315-9518. [Consulta seis de agosto 2009]
- Ugarte Cataldo, José Luis. (2006) “Las relaciones laborales triangulares: la subcontratación y el suministro de trabajadores”. Revista Ius et Praxis, Universidad de Talca, vol. 12, N°1, 2006. Tomado de la página web: www.escuelasindical.org/las_relaciones_triangulares_de_trabajo-luc16.doc [Consulta doce de julio 2009]

Legislación

- Código de Trabajo, Ley número 2 del 26 de agosto de 1943 y sus reformas.
- Ley Orgánica del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Ley número 1860 del 21 de abril de 1955 y sus reformas
- Convenio OIT CIT Sobre Agencias Retribuidas de Colocación, Ley número 2561 del 11 de mayo de 1960.

Convenios de la OIT

- Convenio número 96
- Convenio número 181
- Recomendación número 42
- Recomendación número 188

Proyectos del Ley

- El proyecto de ley para la Ratificación del Convenio 181 OTI, expediente legislativo número 14736.

Jurisprudencia

- Sala Segunda. Voto 221- 1998
- Sala Segunda. Voto 284-1998
- Sala Segunda. Voto 240-1999
- Sala Segunda. Voto 385-1999
- Sala Segunda. Voto 207-2001
- Sala Segunda. Voto 385-2001
- Sala Segunda. Voto 830-2004
- Sala Segunda. Voto 330- 2004
- Sala Segunda. Voto 135-2006
- Sala Segunda. Voto 137- 2006
- Sala Segunda. Voto 377-2006
- Sala Segunda. Voto 657-2008.

Entrevistas

- Señora Carmen Capuano Fonseca. Jefa de Intermediación y Prospección de Empleo. Dirección Nacional de Empleo. Entrevista realizada en fecha de 19 de enero 2008.
- Jessica Pereira Rivera. Encargada Recursos Humanos. ADECCO. Entrevista realizada en fecha 19 de febrero 2008.
- Erick Quesada Ramírez. Director Regional Mampower. Entrevista realizada en fecha 22 de febrero 2008.
- Carlos Flores Díaz, Subgerente CYPROSA. Entrevista realizada en fecha 24 de febrero 2008.

ANEXO 1

Voto número 2004-00830 Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia

SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las nueve horas treinta y cinco minutos del primero de octubre del dos mil cuatro.

Proceso ordinario establecido ante el Juzgado de Trabajo de Heredia, por **ANABELLE DE LOS ÁNGELES VÍQUEZ OROZCO**, casada, ama de casa y vecina de Heredia, contra **AUTOCAM SOCIEDAD ANÓNIMA**, representada por su presidenta María Eugenia Valverde Núñez, casada, comerciante y vecina de Heredia. Actúan como apoderados especiales judiciales, de la actora la licenciada Vilma Cordero Benavides, vecina de Heredia y de la demandada el licenciado Roberto Romero Mora, vecino de San José, estos dos últimos abogados. Todos mayores.

RESULTANDO:

1.- La actora, en escrito de demanda de fecha veinte de enero del dos mil tres, promovió la presente acción para que en sentencia se condene a la demandada al pago de vacaciones y aguinaldo proporcionales, cesantía, daños y perjuicios tales como los salarios dejados de percibir, la incapacidad por maternidad, las horas de lactancia, intereses y ambas costas de la presente acción.

2.- El apoderado de la sociedad demandada contestó la acción en los términos que indica en escrito presentado el veintiocho de abril del dos mil tres y opuso las excepciones falta de derecho y falta de legitimación pasiva y activa.

3.- El juez, licenciado Froylán Alvarado Zelada, por sentencia de las nueve horas veinticinco minutos del ocho de agosto del año próximo pasado, **dispuso:** “En virtud de lo expuesto en la parte considerativa de la presente resolución, así como de las normas legales en ella citadas, se declara parcialmente **CON LUGAR** el presente proceso ordinario laboral interpuesto por la señora Anabelle de los Ángeles Víquez Orozco en contra de Autocam Sociedad Anónima representada por la señora María Eugenia Valverde

Núñez.- Se acogen (sic) en forma parcial la excepción de Falta de Derecho en el sentido de que a la parte actora únicamente le corresponde en cuanto al cobro de Preaviso, Auxilio de Cesantía, Daños y Perjuicios que consisten en salarios dejados de percibir, la incapacidad por maternidad, las horas de lactancia y seis meses de salario se refiere, pues nos encontramos ante un contrato determinado en donde el cese se dio por situaciones de índole objetivas y no por culpa del embarazo de la trabajadora, además de encontrarnos ante un contrato de tiempo determinado, por lo que se rechaza el cobro de dichos rubros.- Se rechaza la excepción de Falta de Legitimación Activa y Pasiva.- En razón de lo anterior, se condena a la parte accionada a pagar a la actora la suma de **ciento treinta y cuatro mil quinientos ochenta y tres colones, treinta y tres céntimos** por concepto de nueve y medio doceavos de Aguinaldo Proporcional; La suma de **cuarenta y ocho mil ciento sesenta y seis colones, diez céntimos** por concepto de ocho y medio días de Vacaciones proporcionales; Para un total de **CIENTO OCHENTA Y DOS MIL SETECIENTOS CUARENTA Y NUEVE COLONES, CUARENTA Y TRES CÉNTIMOS** .- Se condena además a la accionada al pago de los intereses legales sobre las sumas condenadas desde el día quince de setiembre del dos mil dos hasta el día de su efectiva cancelación.- Se condena al accionado al pago de ambas costas personales y procesales, fijando las personales en un veinticinco por ciento de la suma condenada” .

4.- Ambas partes apelaron y el Tribunal de Heredia, integrado por los licenciados Carmen María Blanco Meléndez, Roberto J. Tánchez Bustamante y Henry Madrigal Cordero, por sentencia de las once horas del veinticinco de febrero del año en curso, **resolvió:** ” Se declara que no existen vicios causantes de nulidad e indefensión. Por mayoría **SE REVOCA PARCIALMENTE** la sentencia en cuanto acoge parcialmente la excepción de falta de derecho en el pago de las indemnizaciones de cesantía, daños y perjuicios e intereses. En su lugar se rechaza la excepción de falta de derecho. Se condena a Autocam Sociedad Anónima a pagar a la señora Anabelle de los Ángeles Víquez Orozco los siguientes extremos. 1. Por concepto de vacaciones proporcionales seis días y medio, la suma de **TREINTA Y SEIS MIL QUINIENTOS DOS COLONES** . 2. Incapacidad pre y

pos (sic) parto la suma de **SEISCIENTOS OCHENTA MIL COLONES** . 3. Daños y perjuicios equivalentes a siete meses de salarios por el período que le restaba laborar para culminar su embarazo la suma de **UN MILLÓN CIENTO NOVENTA MIL COLONES** , para un monto total a indemnizar de **UN MILLÓN NOVECIENTOS SEIS MIL COLONES** . Se condena a la demandada a pagar las costas del proceso, las cuales se fijan en un veinte por ciento cuyo monto asciende a **TRESCIENTOS OCHENTA Y UN MIL TRESCIENTOS COLONES** , sumas sobre las que devengará intereses a partir del pago de las indemnizaciones correspondientes. Se confirma la sentencia en todo lo demás " . **El juez, Henry Madrigal Cordero, salva el voto y lo emite de la siguiente manera: resolvió:** "Por improcedente rechazo la nulidad alegada, revoco la sentencia apelada en cuanto condena a la demandada a pagar intereses para reconocer únicamente los producidos desde la fecha del despido hasta el 22 de octubre del año dos mil dos, y revoco en cuanto condena en costas a la demandada. Confirmando en lo demás dicho fallo".

5.- El apoderado de la accionada formula recurso, para ante esta Sala, en memorial presentado el treinta y uno de mayo del año en curso, el cual se fundamenta en las razones que de seguido se dirán en la parte considerativa.

6.- En los procedimientos se han observado las prescripciones de ley.

Redacta el Magistrado van der Laat Echeverría; y,

CONSIDERANDO:

I.- El apoderado especial judicial de la compañía demandada impugna la sentencia N° 42-01-2004, dictada a las 11 horas del 25 de febrero del 2004, por el Tribunal Superior de Trabajo de Heredia. Acusa la infracción de los numerales 1, 26, 27, 28, 29, 94, 94 bis, 95 y 493 del Código de Trabajo, así como de los principios de sana crítica y primacía de la realidad. En concreto, no está de acuerdo con los siguientes puntos: a) Que se haya tenido el contrato de la actora como uno por tiempo indefinido; b) Que se haya considerado que la finalización de la relación obedeció al embarazo de la accionante; y c) Que se hayan concedido intereses y costas sobre los extremos

laborales que fueron depositados diligentemente en el Ministerio de Trabajo, ante la negativa de doña Anabelle a recibirlos.

II.-ANTECEDENTES: La señora Víquez Orozco le prestó sus servicios a la empresa demandada, quien se encarga de contratar personal para realizar diversos proyectos en el Instituto Costarricense de Electricidad, del 16 de octubre del 2001 al 15 de setiembre del 2002. Sus funciones eran las de una oficinista con recargo de secretaria y percibía por ellas un sueldo mensual de ₡170.000. Su lugar de trabajo era el Departamento de Tecnología de Información de Gestión, Documentación e Información del I.C.E. (lo anterior se tiene por acreditado con base en los primeros tres hechos de la demanda y su contestación en consonancia con los documentos de folios 4, 67 y 69). El 28 de agosto del 2002 recibió una carta, fechada 22 de agosto, firmada por el Gerente de la demandada, que decía: “ *Por este medio le comunicamos que el contrato que nuestra empresa mantiene con el ICE concluirá el próximo 15 de setiembre del año en curso, por lo que la presente constituye el respectivo preaviso* ” (folio 46). Al recibir dicha comunicación, la actora se encontraba en estado de embarazo (folio 7). Por considerar que su despido se realizó sin seguir los procedimientos que la ley prevé para el caso de la trabajadora encinta, planteó esta demanda, pretendiendo que se le cancelen los siguientes rubros: vacaciones y aguinaldo proporcionales, auxilio de cesantía, daños y perjuicios, incapacidad por maternidad, horas de lactancia y los intereses legales desde el cese y hasta el efectivo pago. La parte demandada contestó negativamente la demanda, oponiendo las excepciones de falta de derecho y falta de legitimación. Adujo que el término de la relación laboral que mantuvo con la accionante no obedeció a un despido, sino a la expiración del plazo para el cual había sido contratada. Explicó que la actividad de la empresa consiste en suministrarle recurso humano al I.C.E., contratando personas para la ejecución de proyectos específicos en esa entidad, sin que sea posible trasladar el personal asignado a determinada obra a otra. Así, la actora fue empleada para trabajar en el proyecto de etiquetado, rotulado e identificación por medio de código de barras del recurso informativo ARICE, que inicialmente se pactó por un período de ocho meses y medio, a partir del 12 de octubre del 2001, y posteriormente se amplió por dos meses y medio más, pero, por

motivos presupuestarios, no pudo ser prorrogado, razón por la cual se procedió a cesar a todo el personal destinado a ese programa, a partir del 15 de setiembre del 2002 (ver documental de folios 46, 56, 57, 59, 61, 62, 65 y 66). Por ese motivo, rebatió que la finalización de la relación se haya debido al embarazo de la demandante, del cual incluso se tuvo noticia en fecha posterior a la comunicación del preaviso, que tuvo lugar el 23 de agosto, negándose en ese momento la actora a recibirlo, aduciendo tener dudas, procediendo el día 26 a informar sobre su estado a su empleador (folio 6). Indicó que los derechos laborales que le correspondían a la señora Víquez Orozco por concepto de liquidación (14 días de cesantía, 2 días de vacaciones y aguinaldo proporcional) le fueron debidamente depositados en el Ministerio de Trabajo, dada su renuencia a retirarlos (folios 68-72). En primera instancia, se compartió la tesis sostenida por la accionada, razón por la cual se acogió tan solo parcialmente la demanda, condenándose a la compañía accionada a cancelarle a la actora ocho días y medio de vacaciones y el aguinaldo proporcional, más los intereses legales correspondientes y ambas costas del proceso, fijándose las personales en el 25% de la condenatoria. Se acogió la excepción de falta de derecho respecto de la cesantía, la incapacidad por maternidad, las horas de lactancia y los daños y perjuicios; mientras que la de falta de legitimación no tuvo acogida. El Tribunal, por mayoría, revocó en parte lo así resuelto, pues, en su criterio, se trató de un contrato a plazo indefinido, en el cual se irrespetó el fuero especial que protege a la trabajadora embarazada contra el despido. Por ello, concedió el pre y el post parto (4 meses de salario) y los salarios dejados de percibir hasta el octavo mes de embarazo, a título de daños y perjuicios (7 meses); además, un saldo de seis días y medio de vacaciones que no fue debidamente cubierto por el depósito de la liquidación laboral efectuado ante el Ministerio de Trabajo. Rebajó el monto de las costas al 20% de la condenatoria. Sobre las sumas concedidas, obligó al pago de los intereses legales.

III.-SOBRE LA NATURALEZA DEL CONTRATO DE TRABAJO DE LA ACTORA: El recurrente no está de acuerdo con la apreciación de la mayoría del Tribunal, en el sentido de que se está en presencia de un contrato a plazo indefinido. Sostiene que se trató de una relación por tiempo determinado, que

finalizó al expirar su término. Aclara que la contratación de la accionante se originó en una previa contratación administrativa con el ICE, quedando supeditada a esa otra relación, por lo que, al finalizar ésta, forzosamente concluía esa otra también. Indica que no solamente fue cesada doña Anabelle, sino también sus compañeros de proyecto, debido a que el ICE decidió no prorrogar el contrato. Para corroborar su dicho, la parte demandada ofreció la siguiente prueba. En primer lugar, el testimonio de Gerson Jehu Chavarría Valverde, gerente de Autocam S.A. e hijo de su representante legal (vínculos que hacen que su declaración deba valorarse con las reservas del caso): “ Soy quien se encarga de la relación de la empresa con el ICE, nuestra empresa participa en carteles de contratación administrativa para proyectos específicos, participamos hacemos oferta y se contrata personal para ese proyecto específico y de esa manera es como Anabelle llegó a la empresa para una contratación, la ruptura de la relación laboral se da porque el proyecto es por plazo determinado y este proyecto no tuvo ampliación por problemas presupuestarios del ICE, con todos los trabajadores de ese proyecto hubo ruptura de la relación laboral (...). La empresa únicamente presta servicios al ICE no nos dedicamos a otra actividad (...). Cuando la empresa se comunica con los trabajadores lo primero que preguntan es el tiempo por el cual son contratados porque es contratación pública y gana la empresa según los requisitos y si pierde hay que cesar al personal (...). A la actora la conocí porque estaba en el ICE y absorbemos ese personal porque el ICE lo prefiere por tener experiencia en el puesto (...). Anabelle portaba carné para ingresar al ICE, el ICE extiende un carné que dice que es un trabajador temporal (...). Anabelle sabía el plazo del término del contrato (...). Yo fui quien contraté a Anabelle por teléfono, se le aclaró sus funciones, el horario y que era por tiempo determinado (...). La empresa se encuentra activa en este momento y tiene contrataciones con el ICE en la actualidad” (folio 89). A folio 56 figura la orden de servicio N. 159306, mediante la cual el ICE contrató (vía contratación directa) los servicios de la accionada para desarrollar el proyecto de etiquetado e identificación por medio de código de barras del recurso informativo ARICE, por un plazo de ocho meses y medio, a partir del 12 de octubre del 2001, que luego fue prorrogado por dos meses y medio más, mediante la orden de servicio N. 309106 que aparece a folio 57, de fecha 17 de junio del

2002. También se trajo al expediente una nota que le enviara el gerente de la compañía demandada al señor Luis Coto Hernández, coordinador del Área Staff de Contratación Administrativa de la Dirección de Gestión, Documentación e Información del ICE, el día 22 de agosto del 2002, indicándole las contrataciones que vencían en el mes de setiembre de ese año y el personal asignado a cada una. Dentro de ellas se encontraba el mencionado proyecto de código de barras, cuyo personal asignado eran Laura Montiel Dalorzo, Freddy Morera Ulate y la actora (folio 59). Además, se adjuntaron los documentos que corren a folios 61 y 62, consistentes en un oficio del 6 de setiembre del 2002, por medio del cual don Gersom Chavarría le solicitó al ICE que le informara si dicho contrato sería renovado, y su respuesta negativa, de fecha 9 de setiembre. Finalmente, se aportaron las cartas de preaviso que le fueron entregadas no solo a la demandante, sino también a los señores Montiel Dalorzo y Morera Ulate (folios 46, 65 y 66). La accionante comenzó a trabajar para la empresa demandada el 16 de octubre del 2001 (folio 4), lo que demuestra su vinculación con el proyecto del código de barras (cuya fecha de inicio fue el 12 de octubre de ese año). Sin embargo, existen ciertos elementos que hacen concluir que su contratación fue a plazo indefinido, como acertadamente lo resolvió el Ad quem. De la deposición de don Gersom Chavarría Valverde, en relación con sus manifestaciones vertidas en la nota de folio 67 -en el sentido de que Autocam S. A. le brinda el servicio de contratación de personal al ICEM figura que es cada vez más utilizada debido a la descentralización que caracteriza la organización de las empresas en la época actual. En términos generales, la descentralización productiva consiste en “ *la transferencia al exterior de la empresa de actividades hasta entonces asumidas internamente* ” (Francisco Blat Gimeno, “El marco socioeconómico de la descentralización productiva”, en Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas. Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000, p.19). De acuerdo con Antonio Martín Valverde (citado por Américo Plá Rodríguez, “La descentralización empresarial y el Derecho del Trabajo”, en Cuarenta y dos estudios sobre la descentralización empresarial y el Derecho del Trabajo, Grupo de los miércoles, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2000, p.13), la descentralización productiva se caracteriza por la obtención de los

objetivos productivos de una empresa principal, no por la incorporación de trabajadores a su planilla, sino por la combinación o coordinación de aportaciones parciales llevadas a cabo por empresas auxiliares o por colaboradores externos. Este fenómeno es conocido también como tercerización, deslocalización productiva, externalización, subarriendo de mano de obra, intermediación laboral, subcontratación y outsourcing (ibid). Para Blat Gimeno, la clave de la descentralización estriba en que, la cada vez mayor complejidad y articulación de los procesos productivos, mueve a las empresas a reservarse exclusivamente las funciones de carácter estratégico (op. cit., p.26). La Administración Pública no se escapa de este fenómeno, ya que percibe de igual manera que el empresario común los problemas de gestión de personal o la necesidad de flexibilidad en el uso de la mano de obra. Como lo expone Montoya Melgar, en relación a España existen dos modalidades básicas de externalización de las prestaciones laborales: la figura de las contratas (y subcontratas) y la figura de las empresas de trabajo temporal. Dice dicho autor: “ *La contrata es una opción organizativa, frecuentemente determinada por la naturaleza del proceso productivo, mediante la cual un empresario principal, en lugar de satisfacer su fin técnico-productivo con medios propios (incluidos los recursos humanos) lo hace a través de medios ajenos, descentralizando la producción. Esa descentralización tiene lugar específicamente contratando con otro empresario que aporta su propia organización, incluidos los trabajadores que han de realizar las correspondientes prestaciones laborales; prestaciones cuya dirección corresponde al contratista y no al empresario principal. La empresa de trabajo temporal es una opción descentralizadora de distinto signo, ya que a través de ella un empresario cede temporalmente a otro (usuario) trabajadores cuya dirección ejercerá precisamente este empresario usuario*” (“Contratas y subcontratas en el derecho español del trabajo”, en El derecho del trabajo ante el nuevo milenio, Coordinadores Rafael Alburquerque y Néstor de Buen, Editorial Porrúa, México, 2000, p.191). La figura que para el caso interesa - subcontratación de mano de obra, también conocida como suministro de personal- se presenta cuando el objeto único o predominante de la relación contractual entre las empresas (contratista y subcontratista), es el suministro de mano de obra y no el de bienes o servicios (Hugo Fernández Brignoni, “Las

actuales formas de la descentralización productiva”, en Cuarenta y dos estudios sobre la descentralización empresarial y el Derecho del Trabajo, op.cit., p.77). Por ello, Ermida Uriarte manifiesta que se trata de externalización de la formalidad del empleo, pero no del trabajo ni de la producción; es decir, no es una hipótesis de descentralización productiva, sino meramente administrativa (“Las empresas de trabajo temporal”, en Cuarenta y dos estudios sobre la descentralización empresarial y el Derecho del Trabajo, op.cit., p.417). Desde una perspectiva de derecho comparado, se distinguen al respecto tres sistemas diferentes: a) países en los que la actividad de las empresas de trabajo temporal está, explícita o implícitamente, prohibida, por ejemplo Suecia y Grecia; b) países en los que el trabajo temporal no está sometido a un estatuto especial, sino a la legislación general en materia de empleo, constituyendo el grupo de países con una actitud más liberal frente al fenómeno de las empresas de trabajo temporal, por cuanto permiten su actividad en el mercado de trabajo, sin establecer ningún tipo de regulación específica limitativa de su ámbito de actuación. Es la posición de Estados Unidos, Inglaterra, Suiza, Irlanda y Luxemburgo; y c) aquellos países en los que existe un estatuto específico del trabajo temporal y de las empresas de trabajo temporal. Es el caso de Francia, Holanda, Bélgica, Dinamarca, Noruega, Alemania, Portugal y España (esta información fue tomada de la obra de Carolina Gala Durán, Derechos y obligaciones entre los trabajadores cedidos por las empresas de trabajo temporal y las empresas usuarias, Editorial Colex, Barcelona, 1998, p.16). En algunos países, como España, se requiere de una autorización especial para constituir una empresa de trabajo temporal. En nuestro ordenamiento positivo laboral no existe norma que regule de forma expresa, concreta y sistemática el funcionamiento de la empresa de trabajo temporal. Ante la ausencia de norma expresa que impida el funcionamiento de la empresa de trabajo temporal, cabe concluir que no existe obstáculo para su constitución y funcionamiento, ya que en tal caso devienen aplicables las previsiones normativas contenidas en el artículo 28 de la Constitución Política, que dispone que “ *las acciones privadas que no dañen la moral o el orden público o que no perjudiquen a tercero, están fuera de la acción de la ley* ”. Ciertamente, nuestro país ratificó el convenio N. 96 de la Organización Internacional del Trabajo, “Sobre las agencias retribuidas de colocación”, del

año 1949, mediante la ley N. 2561 del 11 de mayo de 1960, comprometiéndose a suprimir progresivamente las agencias de colocación con fines lucrativos (al adherirse expresamente a la segunda parte del convenio). No obstante, dicho instrumento no resulta aplicable a las empresas suministradoras de mano de obra temporal, como lo explica Ameglio, para quien las diferencias que existen en el funcionamiento de las empresas de trabajo temporal y las agencias retribuidas de colocación no son formales, sino reales, lo que obliga a un tratamiento distinto de estas dos figuras. Así, mientras la agencia de colocación agota su intermediación cuando coloca al trabajador en un empleo, sin permanecer vinculada en forma alguna con este último ni con su empleador, la empresa de trabajo temporal asume respecto del trabajador que pone a disposición de la empresa cliente, las obligaciones y riesgos que incumben a todo empleador. Asimismo, existe una relación contractual definida, si bien transitoria, entre la empresa suministradora y la cliente, lo que no ocurre cuando interviene una típica agencia de colocación (Eduardo J. Ameglio, Las empresas suministradoras de mano de obra temporal, Editorial Amalio M. Fernández, Montevideo, 1984, p.88). Cabe advertir que el citado convenio N. 96 fue revisado por el convenio N. 181 de 1997, “Sobre las agencias de empleo privadas”, el cual no ha sido ratificado por Costa Rica. En la parte considerativa de este instrumento se reconoce que el contexto en que funcionan las agencias de empleo privadas hoy día es muy distinto de las condiciones existentes cuando se procedió a la adopción del convenio N. 96; y se acepta, también, el papel que las agencias de empleo privadas (dentro de las cuales se incluyen las empresas suministradoras de mano de obra temporal) pueden desempeñar en el buen funcionamiento del mercado de trabajo. Pues bien, adentrándonos en el estudio de la empresa suministradora de mano de obra temporal, tenemos que el objeto del contrato de puesta a disposición que ésta celebra con la compañía cliente es el suministro de mano de obra a la empresa usuaria, en la que el trabajador cedido presta servicios y se incorpora a su círculo directivo, aun cuando sin integrarse en su plantilla (Fernando Valdés Dal-Ré, “Las relaciones jurídicas entre las empresas de trabajo temporal y la empresa usuaria: el contrato de puesta a disposición”, en: Reforma de la legislación laboral. Estudios dedicados al Profesor Manuel Alonso García, Asociación Española de Derecho del Trabajo y la Seguridad

Social, Marcial Pons Ediciones Jurídicas S.A., Madrid, 1995, p.82). En el ámbito de las empresas de trabajo temporal se constituye una relación triangular, conformada por tres relaciones jurídicas: una primera relación - contrato de puesta a disposición- que tiene como sujetos a la empresa de trabajo temporal y a la empresa usuaria; una segunda, constituida entre el trabajador y la empresa de trabajo temporal -contrato de trabajo-; y una tercera entre la empresa usuaria y el trabajador de la empresa de trabajo temporal, vigente durante el tiempo en que éste está a disposición de aquélla como consecuencia del contrato de puesta a disposición (Carolina Gala Durán, “Derecho del trabajo y necesidades organizativas de la empresa: supuestos y consecuencias de la utilización inadecuada de las empresas de trabajo temporal”, en El empleador en el derecho del trabajo, XVI Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, Coordinador Miguel C. Rodríguez Piñero-Royo, Editorial Tecnos, Madrid, 1999, p.114). La doctrina acepta la celebración de este negocio jurídico cuando se trate de satisfacer necesidades temporales de la empresa usuaria; es decir, la mano de obra que la empresa de trabajo temporal puede ofertar y que la empresa cliente puede demandar han de estar enderezadas exclusivamente a atender requerimientos coyunturales o pasajeros (por ejemplo, la realización de una obra o servicio determinados, la atención de exigencias circunstanciales del mercado, la sustitución de trabajadores con derecho a reserva en el puesto y, en fin, la cobertura de una vacante mientras dura el proceso de selección o promoción), debiendo cubrirse los duraderos o permanentes a través de la contratación directa de trabajadores por parte del titular de la empresa (Fernando Valdés Dal-Ré, op.cit., p.83). Este mismo autor señala que la cesión de trabajadores que el contrato de puesta a disposición instrumenta tiene un carácter temporal y no permanente; al margen, claro está, de la vigencia definida o indefinida con el que ejerza la empresa de trabajo temporal su actividad, y al margen, igualmente, del tipo de contrato suscrito entre la empresa de trabajo temporal y el trabajador, atendiendo a su duración (ibid, p.82). En igual sentido se manifiesta Ermida Uriarte, para quien la vinculación entre la empresa de trabajo temporal y el trabajador puede presentar diversas modalidades: a) el trabajador puede figurar en una mera lista de aspirantes ofrecidos por la empresa de trabajo temporal a sus clientes, como en los

registros de las bolsas de trabajo; b) entre la empresa de trabajo temporal y el trabajador puede haber un contrato de duración indefinida, de conformidad con el cual el temporero es trabajador permanente de la empresa de trabajo temporal, la que debe incluso un salario, sin perjuicio de destacarle a cumplir misiones en empresas usuarias (solución prevista en la legislación alemana); c) esta misma relación entre la empresa de trabajo temporal y el trabajador puede ser calificada como contrato de duración indeterminada pero de ejecución intermitente; y d) puede considerarse que no hay ninguna relación permanente entre el trabajador y la empresa de trabajo temporal, celebrándose un contrato de duración determinada para cada misión o suministro (op. cit., p.420). En igual sentido se pronuncia Palomeque López: “ *Lo que en la institución es de carácter temporal de modo esencial y necesario no es otra cosa que la ocupación o trabajo que viene a desarrollar en la empresa cliente el trabajador prestado o cedido por la agencia de trabajo, y no ya, al menos necesariamente, el contrato de trabajo celebrado entre ambos sujetos*” (Manuel Carlos Palomeque López, “Las empresas de trabajo temporal y el ordenamiento laboral español”, en Derecho del trabajo y razón crítica, Salamanca, 2004, p.409). En síntesis, la relación del trabajador con la empresa de trabajo temporal puede ser a plazo fijo o indefinido. Ahora bien, como se indicó en el voto de esta Sala N. 518 de las 9:50 horas del 1 de octubre del 2003, nuestro ordenamiento jurídico establece un régimen de preferencia por el contrato por tiempo indefinido respecto del que pueda pactarse a plazo fijo. Diferentes regulaciones marcan esa preferencia y evidencian la primacía del principio de continuidad. En efecto, el artículo 26 establece que el contrato sólo podrá pactarse por tiempo determinado cuando así proceda, según la naturaleza del servicio que se va a prestar, señalando que si cumplido el plazo subsisten las causas que le dieron origen y la materia de trabajo, el contrato se considerará por tiempo indeterminado, en cuanto beneficie al trabajador, siempre que sea permanente la naturaleza de los trabajos. De igual manera, los incisos c) y d) del artículo 30 constituyen una manifestación clara de la indicada preferencia, así como también lo es el párrafo segundo del artículo 153. En efecto, de conformidad con el primero, la continuidad del trabajo no se interrumpe por enfermedad, vacaciones, huelga legal u otras causas análogas. Con base en la segunda norma citada, serán absolutamente nulas las cláusulas

contractuales que tiendan a interrumpir la continuidad de los servicios prestados. Ahora bien, el artículo 27 establece que el contrato de trabajo no puede pactarse por más de un año, en perjuicio del trabajador salvo que se trate de servicios que requieran de preparación técnica especial, en cuyo caso, el contrato puede pactarse hasta por cinco años; estableciéndose la posibilidad de prórroga expresa o tácita de la contratación. El contrato por tiempo determinado, en consecuencia, está previsto a manera de excepción en nuestro ordenamiento legal y sólo resulta procedente en los casos en que así está regulado. Por ello, en el voto N. 108 de las 15:10 horas del 13 de marzo del 2002 de esta cámara señalamos que por ser la regla, en nuestro sistema, la contratación por tiempo indefinido, mientras que los contratos a plazo fijo o por obra determinada resultan ser excepcionales, se requiere que la existencia de estos últimos se acredite con prueba muy calificada -como sería, por ejemplo, mediante un contrato escrito en el que se indique expresamente esa circunstancia-, pues, de lo contrario, opera la presunción de que la relación es a tiempo indefinido, la cual se fundamenta en el principio de continuidad que rige en esta materia. Al respecto, la doctrina explica: *“Si no se dice nada, se presume que el contrato es de duración indefinida. Para que no sea de duración indefinida, tiene que haberse estipulado expresamente lo contrario en el contrato. Algunos autores exigen que la estipulación conste por escrito. Pensamos que dada la particular severidad con que debe ser examinado este punto, resulta recomendable la precaución de dejar constancia escrita del término del contrato que se haya concertado. Pero estrictamente no hay en nuestro derecho un requisito de solemnidad. Sería un medio de prueba prácticamente indispensable. Lo indudable es que la solución de principio es la indeterminación de la duración del contrato y la excepción es la duración limitada del contrato. Por eso, cualquier duda debe resolverse a favor del carácter indeterminado del contrato”* (PLÁ RODRÍGUEZ (Américo), Los principios del Derecho del Trabajo, tercera edición, Depalma, Buenos Aires, 1998, p.227). Luego, en el voto N. 425 de las 9:40 horas del 13 de agosto del 2003, resolvimos:

“Por otro lado, debe tomarse en cuenta que el contrato de trabajo se prueba por documento escrito

y su ausencia, como en el caso en estudio, se imputa al patrono, quien debe contribuir a conformar la convicción del juzgador en el sentido de que los términos de la contratación fueron distintos a los afirmados por el trabajador (artículos 24 y 25 ídem). En relación a ese tema, el artículo 25, también establece: “ **El contrato verbal se probará por todos los medios generales de prueba pero si se tratare de testigos al servicio del mismo patrono a cuyas órdenes trabaja el interesado, se necesitará la concurrencia de tres declarantes conformes de toda conformidad en los puntos esenciales del pacto. Sin embargo, si dicho patrono no ocupare a más de cuatro trabajadores bastará con el testimonio de dos de ellos** ”. En el caso concreto, tal y como se indicó, la actora afirmó haberse relacionado laboralmente con la demandada mediante un contrato por tiempo indefinido y, esta otra parte, ha externado el criterio de que lo hizo al amparo de un contrato por tiempo determinado, en sustitución de la titular del puesto y para el cumplimiento de una exigencia de su carrera universitaria, por parte de la trabajadora. En aplicación de la normativa citada, la parte patronal tiene la carga procesal de demostrar que la contratación fue por tiempo determinado, para, precisamente, impedir que se tildara la relación como una por tiempo indefinido, que es la regla, según se dijo; es decir, debe probar la excepción. La ausencia del documento escrito se le imputa a la empleadora y si ésta para respaldar su posición en juicio y desvirtuar el dicho de la trabajadora, sólo cuenta con prueba testimonial, debió, necesariamente, acreditar cuántos trabajadores estaban a su servicio a fin de

poder tratar de probar el contenido del contrato verbal con tan sólo dos testigos y no tres como lo exige la ley; aspecto que podía constatar fácilmente. Sin embargo, de los elementos probatorios no se desprende cuántos trabajadores estaban al servicio de la accionada, a efecto de determinar si el contenido de la contratación podía probarse con dos o con tres declarantes. Y, de ahí que los testimonios de tan sólo dos declarantes sobre ese punto, a saber, los de Rosibel Mora Umaña y Wendy Chinchilla Miranda (folios 65 a 67 vuelto), no se estimen suficientes para probar el alegado contrato a plazo”.

En el caso concreto, no se aportó un contrato escrito en el que se indicase expresamente que se trataba de una relación a plazo fijo, ni tampoco se comprobó el punto mediante la declaración de suficientes testigos, por lo que opera la presunción de indefinición del plazo del contrato, máxime que al finalizar la relación, la empresa demandada le dio el preaviso a la actora y le pagó el auxilio de cesantía, rubros que resultan propios de los contratos de trabajo a plazo indefinido (artículos 28, 29 y 31 del Código de Trabajo). En todo caso, de existir alguna duda sobre si el contrato tuvo una naturaleza indefinida, debe estarse a lo que más favorezca al trabajador. El artículo 17 del Código de Trabajo dispone: *“Para efectos de interpretar el presente Código, sus Reglamentos y sus leyes conexas, se tomarán en cuenta, fundamentalmente, el interés de los trabajadores y la conveniencia social”*. Esa norma recoge un principio fundamental en Derecho del Trabajo, cual es el principio protector, del cual se han reconocido tres reglas específicas: la del in dubio pro operario, la de la norma más favorable y la de la condición más beneficiosa. Para efectos de este asunto interesa la primera, según la cual, en caso de que una norma admita varias interpretaciones, debe acogerse aquella más favorable al trabajador, pero doctrinaria y jurisprudencialmente ha sido extendida a la valoración de las pruebas, en casos de auténtica duda (voto N. 38 de las 10:10 horas del 5 de febrero de 2003). Según la compañía demandada, el personal que emplea es asignado exclusivamente a la contratación

específica de que se trate, sin que sea posible trasladar personal de una contratación a otra. Sin embargo, no se observa que tal imposibilidad en verdad exista, al menos en el caso concreto, ya que las funciones de la demandante eran las de una oficinista con recargo de secretariado, por lo que fácilmente podía ser reubicada en otro proyecto, pues ese tipo de tareas siempre se van a necesitar en los proyectos para los cuales la demandada le suministra recurso humano al ICE, máxime que se trataba de una trabajadora embarazada que gozaba de la tutela del ordenamiento jurídico (punto sobre el que se profundizará en el siguiente considerando). A mayor abundamiento, debe indicarse que su actuación no se estima de buena fe, dado que la carta del preaviso se le entregó a la actora el 28 de agosto del 2002, estando ya enterado el empleador del embarazo, cuando ni siquiera se sabía si el ICE iba a renovar o no el contrato, puesto que no fue sino hasta el 6 de setiembre que se pidió información al respecto (ver folios 46, 61 y 62).

IV-. ACERCA DEL FUERO ESPECIAL QUE PROTEGE A LA TRABAJADORA EMBARAZADA: El artículo 94 del Código de Trabajo, reformado por ley N° 7142 del 8 de marzo de 1990, publicada en La Gaceta N° 59 del 26 de marzo de ese año (Ley de Promoción de la Igualdad Social de la Mujer), establece que: **“ Queda prohibido a los patronos despedir a las trabajadoras que estuvieren en estado de embarazo o en período de lactancia, salvo por causa justificada originada en falta grave a los deberes derivados del contrato, conforme con las causales establecidas en el artículo 81. En este caso, el patrono deberá gestionar el despido ante la Dirección Nacional y la Inspección General de Trabajo, para lo cual deberá comprobar la falta. Excepcionalmente, la Dirección podrá ordenar la suspensión de la trabajadora, mientras se resuelve la gestión de despido. Para gozar de la protección que aquí se establece, la trabajadora deberá darle aviso de su estado al empleador, y aportar certificación médica o constancia de la Caja Costarricense de Seguro Social”** . El artículo 94 bis, de ese mismo cuerpo normativo, -introducido también por dicha reforma-, agrega, en lo que interesa: **“La trabajadora embarazada o en período de lactancia que fuere despedida en contravención con lo dispuesto en el artículo anterior, podrá gestionar ante el juez de trabajo, su reinstalación inmediata en pleno**

goce de todos sus derechos... En caso de que la trabajadora no optara por la reinstalación, el patrono deberá pagarle, además de la indemnización por cesantía a que tuviere derecho, y en concepto de daños y perjuicios, las sumas correspondientes al subsidio de pre y post parto, y los salarios que hubiere dejado de percibir desde el momento del despido, hasta completar ocho meses de embarazo”. Las disposiciones antes señaladas, promulgadas en desarrollo del principio constitucional que confiere una especial protección a la familia, a la madre y al niño, por parte del Estado (artículo 51 de la Constitución Política), se dictaron con una clara finalidad: modificar el régimen de libre despido, respecto de las mujeres que se hallen en estado de gravidez ; determinando, al efecto, que para quedar protegidas por esas normas, las trabajadoras embarazadas deben cumplir necesariamente con los requisitos de dar aviso de su estado al empleador y aportar la mencionada certificación médica o constancia, expedida por un médico de la Caja Costarricense de Seguro Social. Considera la Sala que el contenido del texto de esos numerales -94 y 94 bis-, vino a instituir derechos que superan la normativa anteriormente vigente, los cuales mejoraron la protección de las trabajadoras embarazadas. Ellos son: el derecho a un procedimiento administrativo previo, ante la Dirección Nacional y la Inspección General de Trabajo, en caso de despido justificado; el derecho a la reinstalación, si fuesen despedidas injustificadamente o con violación del debido proceso; el derecho al pago del pre y post parto, y de los salarios que hubiere dejado de percibir, desde el momento del despido y hasta completar ocho meses de embarazo, por concepto de daños y perjuicios, cuando no se opte por la reinstalación; y, por último, el derecho, garantizado por la ley, a un proceso judicial sumarísimo. Ese fue el fin del legislador, y no el de limitarse a poner requisitos que pudieran hacer nugatorios los derechos que, los artículos 94, 94 bis y 95 del Código de Trabajo, expresamente les otorgan a las mujeres embarazadas. La Sala está convencida de que, cuando una trabajadora es despedida por su empleador, por una de las causales del artículo 81 del Código de Trabajo, con la cognición de su estado de gravidez, sin que se le siga el procedimiento administrativo previo ante la Dirección Nacional y la Inspección General de Trabajo -debido proceso-, tiene pleno derecho a ser reinstalada, o, en su defecto, si no opta por la reinstalación, a recibir las indemnizaciones que, por concepto de preaviso de despido y de auxilio de cesantía, le correspondan, así

como los daños y perjuicios del numeral 94 bis, ya indicado, garantizados en nuestra legislación laboral, como derechos irrenunciables (artículo 11 del Código de Trabajo); con mayor razón si el despido no se sustenta en una de esas causales. Eso sí, es necesario, para ello, constatar en el proceso, que el empleador o su representante, estaba enterado de la gravidez de la trabajadora, ya sea, por ser evidente o bien, porque ésta así lo comunicó a cualesquiera de ellos, incluso en el instante mismo del despido; lo que puede acreditarse por cualquier medio de prueba. La certificación médica o la constancia de la Caja Costarricense de Seguro Social, no tiene que ser aportada, necesaria y obligatoriamente, al momento de comunicarse el estado de gravidez; pues de mantenerse la relación laboral, ese requisito, meramente ad probationem, bien puede cumplirse a posteriori, por lo que, si la trabajadora le comunica al empleador, o a su representante, estar embarazada, el empleador deberá conceder un término razonable a la trabajadora para que acredite su estado y, si así lo demostrase, deberá entonces seguir, contra ésta, aquel trámite administrativo previo (al respecto pueden consultarse, entre muchos otros, los votos de esta Sala N. 95 de las 14:30 horas del 21 de abril de 1999 y 456 de las 15:05 horas del 10 de agosto del 2001). Apreciando la prueba en el caso concreto, se tiene que el centro de trabajo de la actora era el ICE, donde tenía un jefe inmediato, funcionario de dicha institución, quien estaba enterado del embarazo. Este hecho, tenido por acreditado por el órgano de alzada, no es negado por el recurrente, quien únicamente alega al respecto que el empleador de la accionante no era el ICE, sino su representada, por lo que no puede considerarse que el jefe inmediato que la actora tenía en el ICE era un representante patronal de Autocam S. A. y hacer extensivo el conocimiento que aquél tenía a ésta. Sin embargo, en atención a la relación triangular que se configura mediante los contratos de puesta a disposición, la doctrina ha discutido acerca de quién es el verdadero patrono del trabajador: “ *Característica de la empresa de trabajo temporal es la disociación de los derechos y de las obligaciones patronales que ejercen empresarios distintos, el cliente en el primer caso, la empresa de trabajo temporal en el segundo. El trabajo realizado a través de la empresa de trabajo temporal constituye uno de los esquemas negociales en que se suscita el problema de la determinación del empresario. Se ha llegado así a hablar de la existencia de un doble empresario*

para el trabajador temporal (...). No obstante las discusiones y especulaciones doctrinales al respecto, lo cierto es que para mantener la condición de legalidad de la empresa de trabajo temporal se parte del presupuesto básico de que el trabajador temporal tan solo mantiene relación laboral con ésta” (Juan Antonio Sagardoy Bengoechea, “Relaciones jurídicas entre la empresa usuaria y el trabajador de la empresa de trabajo temporal”, en: Reforma de la legislación laboral. Estudios dedicados al Profesor Manuel Alonso García, op.cit., p. 98-100). Sin embargo, otros sostienen que la empresa de trabajo temporal es un empleador ficticio, siendo el único patrono la compañía usuaria, receptora de la prestación del servicio (esta es la posición de Ermida Uriarte, op.cit., p.417). Si este tipo de discusiones se dan a nivel de especialistas en Derecho del Trabajo, resulta comprensible que el trabajador no tenga claro quién es su empleador, por lo que bien pudo la actora pensar que quedaba protegida por el fuero de maternidad comunicando su embarazo a su jefe inmediato en el ICE. Su actuación se estima de buena fe y ha de tenerse por cumplido el requisito legal de notificación al patrono del estado de gravidez. A mayor abundamiento, quedó acreditado que cuando el mensajero de la demandada le entregó la carta del preaviso a la señora Víquez Orozco, el 23 de agosto del 2002, ésta se negó a recibirla, alegando tener dudas sobre la manera en que debía de proceder por su estado de embarazo. Debe tomarse en consideración que don Fabián Gustavo Villalobos Carvajal no era un simple mensajero, sino que era familiar por afinidad de la representante legal de la empresa demandada, por lo que cabe suponer que le informó a ésta sobre la situación. En todo caso, cuando se le entregó efectivamente el preaviso a la actora, el 28 de agosto del 2002, ya la accionada estaba formalmente notificada, desde el 26 de agosto, y por tanto tenía prohibido despedirla (documental de folios 6, 7, 46, 65 y 66, testimonial de folios 87 y 89 y confesional de folio 92).

V-. RESPECTO DE LOS INTERESES Y LAS COSTAS SOBRE LOS RUBROS DEPOSITADOS EN EL MINISTERIO DE TRABAJO: Argumenta el impugnante que sobre los extremos que fueron depositados a nombre de la actora al concluir la relación laboral en el Ministerio de Trabajo, debido a su negativa a recibirlos, no deben correr intereses ni costas, dado que fueron cancelados con mucha anticipación al juicio. Tal reclamo no resulta atendible, ya

que no fue oportunamente alegado ante el Tribunal, por lo que el punto quedó precluido. Reiteradamente se ha dicho que los agravios que se formulen ante esta Sala, para que sean de recibo, deben haber sido planteados ya ante los juzgadores de las instancias precedentes; por cuanto, de conformidad con los artículos 598 y 608 del Código Procesal Civil, aplicables en virtud del numeral 452 del de Trabajo, sólo pueden ser objeto del recurso aquellas cuestiones que hayan sido propuestas y debatidas, oportunamente, por las partes; y, además, deben necesariamente haber sido invocadas, de previo, ante el órgano jurisdiccional de segunda instancia, cuando la sentencia que éste emita sea meramente confirmatoria del fallo dictado por el A-quo. Por consiguiente, los reclamos no formulados ante el Ad-quem, en virtud del principio de preclusión procesal, tampoco pueden deducirse ante esta tercera instancia, quedando legalmente limitada, entonces, la competencia de la Sala (sobre este tema, pueden consultarse las sentencias N. 247 de las 10:00 horas del 9 de mayo, 350 de las 10:40 horas del 27 de junio y 359 de las 16:00 horas del 29 de junio, todas del año 2.001).

VI-. CONSIDERACIONES FINALES: Con fundamento en las razones expuestas, se rechaza el recurso incoado; procediéndose a confirmar la sentencia recurrida.

POR TANTO:

Se confirma el fallo impugnado.

Orlando Aguirre Gómez

Zarela María Villanueva Monge Bernardo van der Laat Echeverría

Julia Varela Araya

Eva María Camacho Vargas

Exp: 03-000158-0370-LA

dhv



ANEXO II

**C96 Convenio sobre las agencias retribuidas de colocación (revisado),
1949**

La Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo:

Convocada en Ginebra por el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo, y congregada en dicha ciudad el 8 junio 1949 en su trigésima segunda reunión;

Después de haber decidido adoptar diversas proposiciones relativas a la revisión del Convenio sobre las agencias retribuidas de colocación, 1933, adoptado por la Conferencia en su decimoséptima reunión, cuestión que está incluida en el décimo punto del orden del día de la reunión;

Después de haber decidido que dichas proposiciones revistan la forma de un convenio internacional, complementario del Convenio sobre el servicio del empleo, 1948, el cual declara que todo Miembro para el que está en vigor el Convenio deberá mantener o garantizar el mantenimiento de un servicio público gratuito del empleo, y

Considerando que dicho servicio debe estar al alcance de todas las categorías de trabajadores, adopta, con fecha primero de julio de mil novecientos cuarenta y nueve, el siguiente Convenio, que podrá ser citado como el Convenio sobre las agencias retribuidas de colocación (revisado), 1949:

Parte I. Disposiciones Generales

Artículo 1

1. A los efectos del presente Convenio, la expresión ***agencia retribuida de colocación*** significa:

a) las agencias de colocación con fines lucrativos, es decir, toda persona, sociedad, institución, oficina u otra organización que sirva de intermediario para procurar un empleo a un trabajador o un trabajador a un empleador, con objeto

de obtener de uno u otro un beneficio material directo o indirecto; esta definición no se aplica a los periódicos u otras publicaciones, a no ser que tenga por objeto exclusivo o principal el de actuar como intermediarios entre empleadores y trabajadores;

b) las agencias de colocación sin fines lucrativos, es decir, los servicios de colocación de las sociedades, instituciones, agencias u otras organizaciones que, sin buscar un beneficio material, perciban del empleador o del trabajador, por dichos servicios, un derecho de entrada, una cotización o una remuneración cualquiera.

2. El presente Convenio no se aplica a la colocación de la gente de mar.

Artículo 2

1. Todo Miembro que ratifique el presente Convenio deberá indicar en su instrumento de ratificación si acepta las disposiciones de la parte II, que prevén la supresión progresiva de las agencias retribuidas de colocación con fines lucrativos y la reglamentación de las demás agencias de colocación, o si acepta las disposiciones de la parte III, que prevén la reglamentación de las agencias retribuidas de colocación, comprendidas las agencias de colocación con fines lucrativos.

2. Todo Miembro que acepte las disposiciones de la parte III del Convenio podrá notificar ulteriormente al Director General la aceptación de las disposiciones de la parte II; a partir de la fecha del registro de tal notificación por el Director General, las disposiciones de la parte III del Convenio dejarán de tener efecto con respecto a dicho Miembro y le serán aplicables las disposiciones de la parte II.

Parte II. Supresión Progresiva de las Agencias retribuidas de colocación con Fines Lucrativos y Reglamentación de las Demás Agencias de colocación

Artículo 3

1. Las agencias retribuidas de colocación con fines lucrativos, comprendidas en el párrafo 1, a), del artículo 1, deberán suprimirse dentro de un plazo limitado, cuya duración se especificará por la autoridad competente.
2. Dichas agencias no deberán suprimirse hasta que se haya establecido un servicio público del empleo.
3. La autoridad competente podrá fijar plazos diferentes para la supresión de las agencias que se ocupen de la colocación de categorías diferentes de personas.

Artículo 4

1. Durante el período que proceda a su supresión, las agencias retribuidas de colocación con fines lucrativos:

- a) estarán sujetas a la vigilancia de la autoridad competente; y
- b) sólo podrán percibir las retribuciones y los gastos que figuren en una tarifa que haya sido sometida a la autoridad competente y aprobada por la misma o que haya sido fijada por dicha autoridad.

2. Dicha vigilancia tenderá especialmente a eliminar todos los abusos relativos al funcionamiento de las agencias retribuidas de colocación con fines lucrativos.

3. A estos efectos, la autoridad competente deberá consultar, por vías apropiadas, a las organizaciones interesadas de empleadores y de trabajadores.

Artículo 5

1. La autoridad competente, en casos especiales, podrá conceder excepciones a las disposiciones del párrafo 1 del artículo 3 del presente Convenio con respecto a categorías de personas, definidas de manera precisa por la legislación nacional, cuya colocación no pueda efectuarse satisfactoriamente por el servicio público del empleo, pero solamente previa consulta, por vías

apropiadas, a las organizaciones interesadas de empleadores y de trabajadores.

2. Toda agencia retribuida de colocación a la que se conceda una excepción en virtud del presente artículo:

- a) estará sujeta a la vigilancia de la autoridad competente;
- b) deberá poseer una licencia anual, renovable a discreción de la autoridad competente;
- c) sólo podrá percibir las retribuciones y los gastos que figuren en una tarifa que haya sido sometida a la autoridad competente y aprobada por la misma o que haya sido fijada por dicha autoridad; y
- d) no podrá colocar o reclutar trabajadores en el extranjero sino de acuerdo con las condiciones fijadas por la legislación vigente y si la autoridad competente lo autoriza.

Artículo 6

Las agencias retribuidas de colocación sin fines lucrativos comprendidas en el párrafo 1, b), del artículo 1:

- a) deberán poseer una autorización de la autoridad competente y estarán sujetas a la vigilancia de dicha autoridad;
- b) no podrán percibir una retribución superior a la tarifa que haya sido sometida a la autoridad competente y aprobada por la misma o que haya sido fijada por dicha autoridad, habida cuenta estrictamente de los gastos ocasionados; y
- c) no podrán colocar o reclutar trabajadores en el extranjero sino de acuerdo con las condiciones fijadas por la legislación vigente y si la autoridad competente lo autoriza.

Artículo 7

La autoridad competente deberá tomar las medidas necesarias para cerciorarse de que las agencias no retribuidas de colocación efectúan sus operaciones a título gratuito.

Artículo 8

Se deberán establecer sanciones penales apropiadas, que comprenderán, si ello fuere necesario, incluso la cancelación de la licencia o de la autorización prevista en el Convenio, por cualquier infracción de las disposiciones de esta parte del Convenio o de la legislación que le dé efecto.

Artículo 9

Las memorias anuales previstas en el artículo 22 de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo contendrán toda la información necesaria sobre las excepciones concedidas en virtud del artículo 5 y, más particularmente, información sobre el número de agencias que gocen de excepciones y la extensión de sus actividades, las razones que motiven las excepciones y las medidas adoptadas por la autoridad competente para vigilar las actividades de dichas agencias.

Parte III. Reglamentación de las Agencias Retribuidas de Colocación

Artículo 10

Las agencias retribuidas de colocación con fines lucrativos comprendidas en el párrafo 1, a), del artículo 1:

- a) estarán sujetas a la vigilancia de la autoridad competente;
- b) deberán poseer una licencia anual, renovable a discreción de la autoridad competente;
- c) sólo podrán percibir las retribuciones y los gastos que figuren en una tarifa que haya sido sometida a la autoridad competente y aprobada por la misma o que haya sido fijada por dicha autoridad; y

d) no podrán colocar o reclutar trabajadores en el extranjero sino de acuerdo con las condiciones fijadas por la legislación vigente y si la autoridad competente lo autoriza.

Artículo 11

Las agencias retribuidas de colocación sin fines lucrativos comprendidas en el párrafo 1, b), del artículo 1:

a) deberán poseer un permiso de la autoridad competente y estarán sujetas a la vigilancia de dicha autoridad;

b) no podrán percibir una retribución superior a la tarifa que haya sido sometida a la autoridad competente y aprobada por la misma o que haya sido fijada por dicha autoridad, habida cuenta estrictamente de los gastos ocasionados; y

c) no podrán colocar o reclutar trabajadores en el extranjero sino de acuerdo con las condiciones fijadas por la legislación vigente y si la autoridad competente lo autoriza.

Artículo 12

La autoridad competente deberá tomar las medidas necesarias para cerciorarse de que las agencias no retribuidas de colocación efectúan sus operaciones a título gratuito.

Artículo 13

Se deberán establecer sanciones penales apropiadas que comprenderán, si ello fuere necesario, incluso la cancelación de la licencia o de la autorización previstas en el Convenio, por cualquier infracción de las disposiciones de esta parte del Convenio o de la legislación que les dé efecto.

Artículo 14

Las memorias anuales previstas en el artículo 22 de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo contendrán toda la información

necesaria sobre las medidas tomadas por la autoridad competente para vigilar las operaciones de las agencias retribuidas de colocación y, más especialmente, las de las agencias con fines lucrativos.

Parte IV. Disposiciones Diversas

Artículo 15

1. Cuando el territorio de un Miembro comprenda vastas regiones en las que, a causa de la diseminación de la población o del estado de su desarrollo económico, la autoridad competente estime impracticable aplicar las disposiciones del presente Convenio, dicha autoridad podrá exceptuar a esas regiones de la aplicación del Convenio, de una manera general o con las excepciones que juzgue apropiadas respecto a ciertas empresas o determinados trabajos.

2. Todo Miembro deberá indicar en la primera memoria anual sobre la aplicación del presente Convenio, que habrá de presentar en virtud del artículo 22 de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo, toda región respecto de la cual se proponga invocar las disposiciones del presente artículo, y deberá expresar los motivos que le induzcan a acogerse a dichas disposiciones. Ningún Miembro podrá invocar ulteriormente las disposiciones de este artículo, salvo con respecto a las regiones así indicadas.

3. Todo Miembro que invoque las disposiciones del presente artículo deberá indicar, en las memorias anuales posteriores, las regiones respecto de las cuales renuncie al derecho a invocar dichas disposiciones.

PARTE V. DISPOSICIONES FINALES

Artículo 16

Las ratificaciones formales del presente Convenio serán comunicadas, para su registro, al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo.

Artículo 17

1. Este Convenio obligará únicamente a aquellos Miembros de la Organización Internacional del Trabajo cuyas ratificaciones haya registrado el Director General.
2. Entrará en vigor doce meses después de la fecha en que las ratificaciones de dos Miembros hayan sido registradas por el Director General.
3. Desde dicho momento, este Convenio entrará en vigor, para cada Miembro, doce meses después de la fecha en que haya sido registrada su ratificación.

Artículo 18

1. Las declaraciones comunicadas al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo, de acuerdo con el párrafo 2 del artículo 35 de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo, deberán indicar:
 - a) los territorios respecto de los cuales el Miembro interesado se obliga a que las disposiciones del Convenio sean aplicadas sin modificaciones;
 - b) los territorios respecto de los cuales se obliga a que las disposiciones del Convenio sean aplicadas con modificaciones, junto con los detalles de dichas modificaciones;
 - c) los territorios respecto de los cuales es inaplicable el Convenio y los motivos por los cuales es inaplicable;
 - d) los territorios respecto de los cuales reserva su decisión en espera de un examen más detenido de su situación.
2. Las obligaciones a que se refieren los apartados a) y b) del párrafo 1 de este artículo se considerarán parte integrante de la ratificación y producirán sus mismos efectos.

3. Todo Miembro podrá renunciar, total o parcialmente, por medio de una nueva declaración, a cualquier reserva formulada en su primera declaración en virtud de los apartados b), c) o d) del párrafo 1 de este artículo.

4. Durante los períodos en que este Convenio pueda ser denunciado de conformidad con las disposiciones del artículo 20, todo Miembro podrá comunicar al Director General una declaración por la que modifique, en cualquier otro respecto, los términos de cualquier declaración anterior y en la que indique la situación en territorios determinados.

Artículo 19

1. Las declaraciones comunicadas al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo, de conformidad con los párrafos 4 y 5 del artículo 35 de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo, deberán indicar si las disposiciones del Convenio serán aplicadas en el territorio interesado con modificaciones o sin ellas; cuando la declaración indique que las disposiciones del Convenio serán aplicadas con modificaciones, deberá especificar en qué consisten dichas modificaciones.

2. El Miembro, los Miembros o la autoridad internacional interesados podrán renunciar, total o parcialmente, por medio de una declaración ulterior, al derecho a invocar una modificación indicada en cualquier otra declaración anterior.

3. Durante los períodos en que este Convenio pueda ser denunciado de conformidad con las disposiciones del artículo 20, el Miembro, los Miembros o la autoridad internacional interesados podrán comunicar al Director General una declaración por la que modifiquen, en cualquier otro respecto, los términos de cualquier declaración anterior y en la que indiquen la situación en lo que se refiere a la aplicación del Convenio.

Artículo 20

1. Todo Miembro que haya ratificado este Convenio podrá denunciarlo a la expiración de un período de diez años, a partir de la fecha en que se haya

puesto inicialmente en vigor, mediante un acta comunicada, para su registro, al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo. La denuncia no surtirá efecto hasta un año después de la fecha en que se haya registrado.

2. Todo Miembro que haya ratificado este Convenio y que, en el plazo de un año después de la expiración del período de diez años mencionado en el párrafo precedente, no haga uso del derecho de denuncia previsto en este artículo quedará obligado durante un nuevo período de diez años, y en lo sucesivo podrá denunciar este Convenio a la expiración de cada período de diez años, en las condiciones previstas en este artículo.

Artículo 21

1. El Director General de la Oficina Internacional del Trabajo notificará a todos los Miembros de la Organización Internacional del Trabajo el registro de cuantas ratificaciones, declaraciones y denuncias le comuniquen los Miembros de la Organización.

2. Al notificar a los Miembros de la Organización el registro de la segunda ratificación que le haya sido comunicada, el Director General llamará la atención de los Miembros de la Organización sobre la fecha en que entrará en vigor el presente Convenio.

Artículo 22

El Director General de la Oficina Internacional del Trabajo comunicará al Secretario General de las Naciones Unidas, a los efectos del registro y de conformidad con el artículo 102 de la Carta de las Naciones Unidas, una información completa sobre todas las ratificaciones, declaraciones y actas de denuncia que haya registrado de acuerdo con los artículos precedentes.

Artículo 23

A la expiración de cada período de diez años, a partir de la fecha en que este Convenio entre en vigor, el Consejo de Administración de la Oficina

Internacional del Trabajo deberá presentar a la Conferencia General una memoria sobre la aplicación de este Convenio, y deberá considerar la conveniencia de incluir en el orden del día de la Conferencia la cuestión de la revisión total o parcial del mismo.

Artículo 24

1. En caso de que la Conferencia adopte un nuevo convenio que implique una revisión total o parcial del presente, y a menos que el nuevo convenio contenga disposiciones en contrario:

a) la ratificación, por un Miembro, del nuevo convenio revisor implicará, ipso jure, la denuncia inmediata de este Convenio, no obstante las disposiciones contenidas en el artículo 20, siempre que el nuevo convenio revisor haya entrado en vigor;

b) a partir de la fecha en que entre en vigor el nuevo convenio revisor, el presente Convenio cesará de estar abierto a la ratificación por los Miembros.

2. Este Convenio continuará en vigor en todo caso, en su forma y contenido actuales, para los Miembros que lo hayan ratificado y no ratifiquen el convenio revisor.

Artículo 25

Las versiones inglesa y francesa del texto de este Convenio son igualmente auténticas.

ANEXO III

C181 Convenio sobre las agencias de empleo privadas, 1997

La Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo:

Convocada en Ginebra por el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo, y congregada en dicha ciudad el 3 de junio de 1997, en su octogésima quinta reunión;

Tomando nota de las disposiciones del Convenio sobre las agencias retribuidas de colocación (revisado), 1949;

Consciente de la importancia que representa la flexibilidad para el funcionamiento de los mercados de trabajo;

Recordando que la Conferencia Internacional del Trabajo en su 81.ª reunión, 1994, consideró que la OIT debía proceder a revisar el Convenio sobre las agencias retribuidas de colocación (revisado), 1949:

Considerando que el contexto en que funcionan las agencias de empleo privadas es muy distinto de las condiciones existentes cuando se procedió a la adopción del mencionado Convenio;

Reconociendo el papel que las agencias de empleo privadas pueden desempeñar en el buen funcionamiento del mercado de trabajo;

Recordando la necesidad de proteger a los trabajadores contra los abusos;

Reconociendo la necesidad de garantizar la libertad sindical y de promover la negociación colectiva y el diálogo social como elementos necesarios para el funcionamiento de un buen sistema de relaciones laborales;

Tomando nota de lo dispuesto en el Convenio sobre el servicio del empleo, 1948; Recordando las disposiciones del Convenio sobre trabajo forzoso, 1930, el Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948, el Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949, el Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958, el Convenio sobre la política del empleo, 1964, el Convenio sobre la edad mínima, 1973, el Convenio sobre el fomento del empleo y la protección contra el desempleo, 1988, así como las disposiciones sobre reclutamiento y

colocación que figuran en el Convenio sobre los trabajadores migrantes (revisado), 1949, y en el Convenio sobre los trabajadores migrantes (disposiciones complementarias), 1975;

Después de haber decidido adoptar diversas proposiciones relativas a la revisión del Convenio sobre las agencias retribuidas de colocación (revisado), 1949, tema que constituye el cuarto punto del orden del día de la reunión, y

Después de haber decidido que estas proposiciones adopten la forma de un convenio internacional, adopta, con fecha diecinueve de junio de mil novecientos noventa y siete, el siguiente Convenio, que podrá ser citado como el Convenio sobre las agencias de empleo privadas, 1997:

Artículo 1

1. A efectos del presente Convenio, la expresión **agencia de empleo privada** designa a toda persona física o jurídica, independiente de las autoridades públicas, que presta uno o más de los servicios siguientes en relación con el mercado de trabajo:

- a) servicios destinados a vincular ofertas y demandas de empleo, sin que la agencia de empleo privada pase a ser parte en las relaciones laborales que pudieran derivarse;
- b) servicios consistentes en emplear trabajadores con el fin de ponerlos a disposición de una tercera persona, física o jurídica (en adelante "Empresa Usuaria"), que determine sus tareas y supervise su ejecución;
- c) otros servicios relacionados con la búsqueda de empleo, determinados por la autoridad competente, previa consulta con las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores, como brindar información, sin estar por ello destinados a vincular una oferta y una demanda específicas.

2. A efectos del presente Convenio, el término **trabajadores** comprende a los solicitantes de empleo.

3. A efectos del presente Convenio, la expresión ***tratamiento de los datos personales de los trabajadores*** designa la recopilación, almacenamiento, combinación y comunicación de los datos personales, o todo otro uso que pudiera hacerse de cualquier información relativa a un trabajador identificado o identificable.

Artículo 2

1. El presente Convenio se aplica a todas las agencias de empleo privadas.

2. El presente Convenio se aplica a todas las categorías de trabajadores y a todas las ramas de actividad económica. No se aplica al reclutamiento y colocación de la gente de mar.

3. El presente Convenio tiene como una de sus finalidades permitir el funcionamiento de las agencias de empleo privadas, así como la protección de los trabajadores que utilicen sus servicios, en el marco de sus disposiciones.

4. Previa consulta con las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores interesadas, todo Miembro podrá :

a) prohibir, en determinadas circunstancias, el funcionamiento de las agencias de empleo privadas con respecto a ciertas categorías de trabajadores o en ciertas ramas de actividad económica en lo que atañe a la prestación de uno o más de los servicios a que se refiere el párrafo 1 del artículo 1;

b) excluir, en determinadas circunstancias, a los trabajadores de ciertas ramas de actividad económica, o de partes de éstas, del campo de aplicación del presente Convenio, o de algunas de sus disposiciones, siempre que se garantice por otros medios a los trabajadores en cuestión una protección adecuada.

5. Todo Miembro que ratifique el Convenio deberá indicar, en las memorias que envíe en virtud del artículo 22 de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo, las prohibiciones o exclusiones a las que en su caso

se acoja en virtud del párrafo 4 del presente artículo, motivándolas debidamente.

Artículo 3

1. La determinación del régimen jurídico de las agencias de empleo privadas se efectuar de conformidad con la legislación y la práctica nacionales, previa consulta con las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores.

2. Todo Miembro deberá determinar, mediante un sistema de licencias o autorizaciones, las condiciones por las que se rige el funcionamiento de las agencias de empleo privadas salvo cuando dichas condiciones estén determinadas de otra forma por la legislación y la práctica nacionales.

Artículo 4

Se adoptarán medidas para asegurar que los trabajadores contratados por las agencias de empleo privadas que prestan los servicios a los que se hace referencia en el artículo 1 no se vean privados del derecho de libertad sindical y del derecho a la negociación colectiva.

Artículo 5

1. Con el fin de promover la igualdad de oportunidades y de trato en materia de acceso al empleo y a las diferentes profesiones, todo Miembro velará por que las agencias de empleo privadas traten a los trabajadores sin discriminación alguna por razones de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional, origen social o cualquier otra forma de discriminación cubierta en la legislación y la práctica nacionales, tales como la edad o la discapacidad.

2. Las disposiciones del párrafo 1 del presente artículo no serán obstáculo a que las agencias de empleo privadas faciliten servicios especiales o apliquen programas destinados a ayudar a los trabajadores más desfavorecidos en sus actividades de búsqueda de empleo.

Artículo 6

El tratamiento de los datos personales de los trabajadores por las agencias de empleo privadas deberá:

- a) efectuarse en condiciones que protejan dichos datos y que respeten la vida privada de los trabajadores, de conformidad con la legislación y la práctica nacionales;
- b) limitarse a las cuestiones relativas a las calificaciones y experiencia profesional de los trabajadores en cuestión y a cualquier otra información directamente pertinente.

Artículo 7

1. Las agencias de empleo privadas no deberán cobrar a los trabajadores, ni directa ni indirectamente, ni en todo ni en parte, ningún tipo de honorario o tarifa.
2. En interés de los trabajadores afectados, la autoridad competente, previa consulta con las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores, podrá autorizar excepciones a lo dispuesto en el párrafo 1 del presente artículo respecto de determinadas categorías de trabajadores, así como de determinados servicios prestados por las agencias de empleo privadas.
3. Todo Miembro que autorice excepciones en virtud del párrafo 2 del presente artículo deberá, en las memorias que envíe de conformidad con el artículo 22 de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo, suministrar información acerca de esas excepciones y motivarlas debidamente.

Artículo 8

1. Todo Miembro deberá, previa consulta con las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores, adoptar todas las medidas

necesarias y convenientes, dentro de los límites de su jurisdicción y, en su caso, en colaboración con otros Miembros, para que los trabajadores migrantes reclutados o colocados en su territorio por agencias de empleo privadas gocen de una protección adecuada y para impedir que sean objeto de abusos. Esas medidas comprenderán leyes o reglamentos que establezcan sanciones, incluyendo la prohibición de aquellas agencias de empleo privadas que incurran en prácticas fraudulentas o abusos.

2. Cuando se recluten trabajadores en un país para trabajar en otro, los Miembros interesados considerarán la posibilidad de concluir acuerdos laborales bilaterales para evitar abusos y prácticas fraudulentas en materia de reclutamiento, colocación y empleo.

Artículo 9

Todo Miembro tomará medidas para asegurar que las agencias de empleo privadas no recurran al trabajo infantil ni lo ofrezcan.

Artículo 10

La autoridad competente deberá garantizar que existen mecanismos y procedimientos apropiados en los que colaboren si es conveniente las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores, para examinar las quejas, los presuntos abusos y las prácticas fraudulentas relacionadas con las actividades de las agencias de empleo privadas.

Artículo 11

Todo Miembro adoptará, de conformidad con la legislación y la práctica nacionales, las medidas necesarias para asegurar que los trabajadores empleados por agencias de empleo privadas previstas en el apartado b) del párrafo 1 del artículo 1 gocen de una protección adecuada en materia de:

a) libertad sindical;

b) negociación colectiva;

- c) salarios mínimos;
- d) tiempo de trabajo y demás condiciones de trabajo;
- e) prestaciones de seguridad social obligatorias;
- f) acceso a la formación;
- g) seguridad y salud en el trabajo;
- h) indemnización en caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional;
- i) indemnización en caso de insolvencia y protección de los créditos laborales;
- j) protección y prestaciones de maternidad y protección y prestaciones parentales.

Artículo 12

Todo Miembro deberá determinar y atribuir, de conformidad con la legislación y la práctica nacionales, las responsabilidades respectivas de las agencias de empleo privadas que prestan los servicios que se mencionan en el apartado b) del párrafo 1 del artículo 1, y de las empresas usuarias, en relación con:

- a) la negociación colectiva;
- b) el salario mínimo;
- c) el tiempo de trabajo y las demás condiciones de trabajo;
- d) las prestaciones de seguridad social obligatorias;
- e) el acceso a la formación;
- f) la protección en el ámbito de la seguridad y la salud en el trabajo; g) la indemnización en caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional;
- h) la indemnización en caso de insolvencia y la protección de los créditos laborales;

i) la protección y las prestaciones de maternidad y la protección y prestaciones parentales.

Artículo 13

1. De conformidad con la legislación y la práctica nacionales y previa consulta con las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores, todo Miembro elaborará, establecerá y revisará periódicamente las condiciones para promover la cooperación entre el servicio público del empleo y las agencias de empleo privadas.

2. Las condiciones que se mencionan en el párrafo 1 del presente artículo deberán reconocer el principio de que las autoridades públicas retienen competencias para, en última instancia:

a) formular políticas de mercado de trabajo;

b) utilizar y controlar la utilización de fondos públicos destinados a la aplicación de esa política.

3. Las agencias de empleo privadas deberán, con la periodicidad que la autoridad competente disponga, facilitarle la información que precise, teniendo debidamente en cuenta su carácter confidencial:

a) con el fin de permitirle conocer la estructura y las actividades de las agencias de empleo privadas, de conformidad con las condiciones y las prácticas nacionales;

b) con fines estadísticos.

4. La autoridad competente deberá compilar y, a intervalos regulares, hacer pública esa información.

Artículo 14

1. Las disposiciones del presente Convenio se aplican por medio de la legislación o por otros medios conformes a la práctica nacional, como decisiones judiciales, laudos arbitrales o convenios colectivos.
2. El control de la aplicación de las disposiciones destinadas a dar efecto al presente Convenio correrá a cargo de los servicios de inspección del trabajo o de otras autoridades públicas competentes.
3. Se deberían prever y aplicar efectivamente medidas de corrección adecuadas, con inclusión de sanciones si hubiese lugar, en los casos de infracción de las disposiciones del presente Convenio.

Artículo 15

El presente Convenio no afecta a las disposiciones más favorables aplicables en virtud de otros convenios internacionales del trabajo.

Artículo 16

El presente Convenio revisa el Convenio sobre las agencias retribuidas de colocación (revisado), 1949, y el Convenio sobre las agencias retribuidas de colocación, 1933.

Artículo 17

Las ratificaciones formales del presente Convenio serán comunicadas, para su registro, al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo.

Artículo 18

1. Este Convenio obligará únicamente a aquellos Miembros de la Organización Internacional del Trabajo cuyas ratificaciones haya registrado el Director General de la Oficina Internacional del Trabajo.
2. Entrará en vigor doce meses después de la fecha en que las ratificaciones de dos Miembros hayan sido registradas por el Director General.

3. Desde dicho momento, este Convenio entrará en vigor, para cada Miembro, doce meses después de la fecha en que haya sido registrada su ratificación.

Artículo 19

1. Todo Miembro que haya ratificado este Convenio podrá denunciarlo a la expiración de un período de diez años, a partir de la fecha en que haya entrado inicialmente en vigor, mediante un acta comunicada, para su registro, al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo. La denuncia no surtirá efecto hasta un año después de la fecha en que se haya registrado.

2. Todo Miembro que haya ratificado este Convenio y que, en el plazo de un año después de la expiración del período de diez años mencionado en el párrafo precedente, no haga uso del derecho de denuncia previsto en este artículo, quedará obligado durante un nuevo período de diez años, y en lo sucesivo podrá denunciar este Convenio a la expiración de cada período de diez años, en las condiciones previstas en este artículo.

Artículo 20

1. El Director General de la Oficina Internacional del Trabajo notificará a todos los Miembros de la Organización Internacional del Trabajo el registro de cuantas ratificaciones, declaraciones y denuncias le comuniquen los Miembros de la Organización.

2. Al notificar a los Miembros de la Organización el registro de la segunda ratificación que le haya sido comunicada, el Director General llamará la atención de los Miembros de la Organización sobre la fecha en que entrará en vigor el presente Convenio.

Artículo 21

El Director General de la Oficina Internacional del Trabajo comunicará al Secretario General de las Naciones Unidas, a los efectos del registro y de conformidad con el artículo 102 de la Carta de las Naciones Unidas, una

información completa sobre todas las ratificaciones, declaraciones y actas de denuncia que haya registrado de acuerdo con los artículos precedentes.

Artículo 22

Cada vez que lo estime necesario, el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo presentará a la Conferencia General una memoria sobre la aplicación del Convenio, y considerará la conveniencia de incluir en el orden del día de la Conferencia la cuestión de su revisión total o parcial.

Artículo 23

1. En caso de que la Conferencia adopte un nuevo convenio que implique una revisión total o parcial del presente Convenio, y a menos que el nuevo convenio contenga disposiciones en contrario:

- a) la ratificación, por un Miembro, del nuevo convenio revisor implicará, ipso iure, la denuncia inmediata de este Convenio, no obstante las disposiciones contenidas en el artículo 19, siempre que el nuevo convenio revisor haya entrado en vigor;
- b) a partir de la fecha en que entre en vigor el nuevo convenio revisor, el presente Convenio cesará de estar abierto a la ratificación por los Miembros.

2. Este Convenio continuará en vigor en todo caso, en su forma y contenido actuales, para los Miembros que lo hayan ratificado y no ratifiquen el convenio revisor.

Artículo 24

Las versiones inglesa y francesa del texto de este Convenio son igualmente auténticas.

ANEXO IV

R188 Recomendación sobre las agencias de empleo privadas, 1997

La Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo: Convocada en Ginebra por el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo, y congregada en dicha ciudad el 3 de junio de 1997, en su octogésima quinta reunión;

Después de haber decidido adoptar diversas proposiciones relativas a la revisión del Convenio sobre las agencias retribuidas de colocación (revisado), 1949, tema que constituye el cuarto punto del orden del día de la reunión, y

Después de haber decidido que dichas proposiciones revistan la forma de una recomendación que complemente el Convenio sobre las agencias de empleo privadas, 1997,

adopta, con fecha diecinueve de junio de mil novecientos noventa y siete, la presente Recomendación, que podrá ser citada como la Recomendación sobre las agencias de empleo privadas:

I. Disposiciones generales

1. Las disposiciones de la presente Recomendación complementan las del Convenio sobre las agencias de empleo privadas, 1997 (en adelante "el Convenio"), y deberían aplicarse conjuntamente con ellas.

2. 1) En la medida de lo posible, los organismos tripartitos o las organizaciones de empleadores y de trabajadores deberían ser asociados a la formulación y aplicación de las disposiciones adoptadas para dar efecto al Convenio.

2) Cuando sea conveniente, la legislación nacional aplicable a las agencias de empleo privadas debería completarse con normas técnicas, directrices, códigos de deontología, procedimientos de autocontrol o por otros medios que sean conformes a la práctica nacional.

3. Los Estados Miembros deberían, cuando sea conveniente y viable, intercambiar informaciones y compartir la experiencia adquirida sobre la contribución de las agencias de empleo privadas al funcionamiento del mercado de trabajo, comunicándolas a la Oficina Internacional del Trabajo.

II. Protección de los trabajadores

4. Los Miembros deberían adoptar las medidas necesarias y apropiadas para prevenir y eliminar las prácticas de las agencias de empleo privadas que no sean conformes a la deontología. Entre estas medidas pueden figurar leyes o reglamentos que establezcan sanciones, incluyendo la prohibición de las agencias de empleo privadas que lleven a cabo prácticas que no sean conformes a la deontología.

5. Los trabajadores empleados por las agencias de empleo privadas, a las que se refiere el apartado b) del párrafo 1 del artículo 1 Convenio, deberían tener, cuando sea conveniente, un contrato de trabajo escrito en donde se especifiquen sus condiciones de empleo. Como mínimo, estos trabajadores deberían ser informados de sus condiciones de empleo antes del inicio efectivo de su actividad.

6. Las agencias de empleo privadas no deberían poner trabajadores a disposición de una Empresa Usuaria con el fin de reemplazar a sus trabajadores en huelga.

7. La autoridad competente debería reprimir las prácticas desleales en materia de publicidad y anuncios engañosos, incluidos aquéllos para empleos inexistentes.

8. Las agencias de empleo privadas:

a) no deberían reclutar, colocar o emplear trabajadores para trabajos que impliquen riesgos y peligros no aceptados o cuando puedan ser objeto de abusos o trato discriminatorio de cualquier tipo;

b) deberían informar a los trabajadores migrantes, en la medida de lo posible en su idioma o en el que les resulte familiar, acerca de la índole del empleo ofrecido y las condiciones de empleo aplicables.

9. Se debería prohibir, o impedir con otras medidas, a las agencias de empleo privadas que formulen o publiquen anuncios de puestos vacantes o de ofertas de empleo que tengan como resultado, directo o indirecto, la discriminación fundada en motivos de raza, color, sexo, edad, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social, origen étnico, discapacidad, situación conyugal o familiar, orientación sexual o afiliación a una organización de trabajadores.

10. Debería alentarse a las agencias de empleo privadas a que promuevan la igualdad en el empleo a través de programas de acción positiva.

11. Se debería prohibir a las agencias de empleo privadas que consignen en ficheros o en registros datos personales que no sean necesarios para juzgar la aptitud de los candidatos respecto de los empleos para los que están siendo o podrían ser tomados en consideración.

12. 1) Las agencias de empleo privadas deberían conservar los datos personales de un trabajador únicamente mientras esté justificado por los fines concretos para los cuales hayan sido recabados, o únicamente mientras el trabajador desee figurar en una lista de candidatos a un puesto de trabajo.

2) Se deberían adoptar medidas para asegurar el acceso de los trabajadores a todos sus datos personales, tal y como se conservan en los sistemas de tratamiento automático o electrónico o en ficheros manuales. Estas medidas deberían contemplar el derecho de los trabajadores a examinar y obtener copia de estos datos así como el derecho a solicitar que se supriman o rectifiquen los datos inexactos o incompletos.

3) Excepto cuando guarden relación directa con los requisitos de una profesión determinada, y cuenten con el permiso explícito del trabajador afectado, las agencias de empleo privadas no deberían pedir, conservar ni utilizar los datos

sobre las condiciones de salud de un trabajador, ni tampoco utilizar esos datos para determinar la aptitud de un trabajador para el empleo.

13. Las agencias de empleo privadas y la autoridad competente deberían adoptar medidas para alentar la utilización de métodos apropiados, equitativos y eficaces de selección.

14. Las agencias de empleo privadas deberían contar con personal adecuadamente cualificado y formado.

15. Dentro del respeto debido a los derechos y obligaciones establecidos en la legislación nacional relativos a la terminación del contrato de trabajo, las agencias de empleo privadas que presten los servicios mencionados en el párrafo 1 b) del artículo 1 del Convenio no deberían:

- a) impedir que la Empresa Usuaria contrate a ese asalariado, o
- b) limitar la movilidad profesional de ese asalariado;
- c) imponer sanciones al asalariado que acepte un empleo en otra empresa.

III. Relaciones entre el servicio público de empleo y las agencias de empleo privadas

16. Debería fomentarse la cooperación entre los servicios públicos de empleo y las agencias de empleo privadas para la puesta en práctica de una política nacional de organización del mercado de trabajo; a ese efecto, se podrán establecer organismos que comprendan a representantes de los servicios públicos de empleo y de las agencias privadas de empleo, así como de las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores.

17. Las medidas dirigidas a fomentar la cooperación entre los servicios públicos de empleo y las agencias de empleo privadas podrían comprender:

- a) la puesta en común de informaciones y la utilización de una terminología común para mejorar la transparencia del funcionamiento del mercado de trabajo;

- b) intercambios de anuncios de puestos vacantes;
- c) la promoción de proyectos conjuntos, por ejemplo en materia de formación;
- d) la conclusión de convenios entre los servicios públicos de empleo y las agencias de empleo privadas sobre la ejecución de ciertas actividades, tales como proyectos para la inserción de los desempleados de larga duración;
- e) la formación del personal;
- f) consultas regulares dirigidas a mejorar las prácticas profesionales.

